

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO

FERNANDO MINCATO DANIEL

**A OBRIGATORIEDADE DO TESTE DO ETILÔMETRO DIANTE DO PRINCÍPIO DA
NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4**

CRICIÚMA
2019

FERNANDO MINCATO DANIEL

**A OBRIGATORIEDADE DO TESTE DO ETILÔMETRO DIANTE DO PRINCÍPIO DA
NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
para obtenção do grau de bacharel no curso de
Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. João Carlos Medeiros
Rodrigues Júnior

CRICIÚMA

2019

FERNANDO MINCATO DANIEL

**A OBRIGATORIEDADE DO TESTE DO ETILÔMETRO DIANTE DO PRINCÍPIO DA
NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 29 de novembro de 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior – Mestre - (UNESC) - Orientador

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti - Mestre - (UNESC)

Prof. André Afeche Pimenta - Especialista - (UNESC)

A todos aqueles que contribuíram nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

A monografia, mais do que uma simples disciplina da última fase do curso, constitui-se na obra que encerra um período de cinco anos de graduação, razão pela qual torna-se fundamental, nesse momento, olhar para trás e dedicar esse breve espaço àqueles que durante essa caminhada estiveram ao meu lado.

Primeiramente, gostaria de agradecer a todos os professores que tive durante a graduação, mestres que muito além da letra fria da lei, ensinaram lições que fazem de mim uma pessoa melhor do que aquela que entrou na primeira fase. Tive a honra de aprender com grandes professores, que lecionam com amor, dedicação e excelência, que honram a profissão e fazem da docência um meio de transformação, contribuindo para a construção de um mundo melhor. Foram vários, é claro, mas gostaria de citar alguns nominalmente: Luiz Conti, André Pimenta, João Carlos Medeiros, Leandro Alfredo da Rosa, João de Mello, Adriane Bandeira Rodrigues, Geraldo Cota, Alisson Comin, Maicon Aléssio, Raquel Felício, Renise Zaniboni, Moisés Nunes Cardoso, Yduan May, Débora Ferrazzo e Caroline Dagostin.

Quero agradecer também pelos amigos que fiz, pois além do conhecimento jurídico, o que de melhor levo desses anos é a amizade daqueles que viveram junto comigo todos os desafios, frustrações e alegrias desse período, em especial agradecer aos fieis companheiros Paulo, Henrique, Lucas (Fonta) e Emerson, por terem proporcionado inúmeros momentos de alegria e amizade verdadeira.

Agradeço também à minha família, por todo sacrifício que fizeram para proporcionar a mim uma educação de qualidade e a realização do sonho de cursar a faculdade de Direito. Sem o apoio deles hoje eu não estaria concluindo esse curso. Portanto, parte dessa conquista é também de minha mãe Méri Mincato e de meus avós Olmiro e Oneide. Para mim é uma felicidade imensa poder orgulhá-los.

Agradeço também à minha amada namorada Lara, por todas as vezes em que esteve ao meu lado me apoiando, incentivando e confortando. Ela é sem dúvidas uma das pessoas que mais acredita no meu potencial, quando eu mesmo duvido, e compartilha comigo todos os meus sonhos. Poder alcançá-los ao seu lado será muito melhor.

“Jurei a Constituição, mas ainda que não a jurasse, seria ela para mim uma segunda religião.”

Pedro II do Brasil

RESUMO

O Código de Trânsito Brasileiro prevê que o condutor que não aceitar se submeter aos testes para verificação da presença de substâncias psicoativas no seu organismo quando solicitado pelo agente de trânsito incorrerá em infração administrativa. De outro lado, o princípio da não auto-incriminação diz que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo. Nesse sentido, o objetivo desse trabalho foi analisar o posicionamento do TRF-4 acerca da (in)constitucionalidade da punição pela recusa à luz do princípio da não auto-incriminação. Foi utilizado o método dedutivo, com pesquisa do tipo teórica e qualitativa em livros, artigos, estatísticas e jurisprudência. No primeiro capítulo estudaram-se os direitos fundamentais em espécie envolvidos na questão e a sua hermenêutica. No segundo, o poder de polícia da Administração Pública, a evolução da legislação de trânsito quanto à embriaguez ao volante e os índices de acidentes relacionados ao álcool. No terceiro, o controle de constitucionalidade e a aplicação do princípio em comento no âmbito administrativo, além de ter sido analisada a jurisprudência do TRF-4, que mostrou-se majoritariamente favorável à constitucionalidade da punição pela recusa.

Palavras-chave: Recusa. Etilômetro. Não auto-incriminação. TRF-4.

ABSTRACT

The Brazilian Traffic Code provides that a driver who does not accept to undergo tests for the presence of psychoactive substances in his body when requested by the traffic officer will incur an administrative violation. On the other hand, the principle of non-self-incrimination says that no one is required to produce evidence against himself. In this sense, the objective of this study was to analyze the position of the TRF-4 about the (un) constitutionality of punishment for refusal in light of the principle of non-self-incrimination. The deductive method was used, with theoretical and qualitative research in books, articles, statistics and jurisprudence. In the first chapter we studied the fundamental rights in kind involved in the issue and their hermeneutics. In the second, the police power of the Public Administration, the evolution of traffic legislation regarding drunk driving and the rates of alcohol-related accidents. In the third, the constitutionality control and the application of the principle under comment in the administrative scope, besides having analyzed the jurisprudence of the TRF-4, which was mostly favorable to the constitutionality of the punishment for refusal.

Keywords: Refusal. Ethylometer. Not self-incrimination. TRF-4.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Principais Causas de Acidentes de Trânsito.....	59
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AND	Associação Nacional dos Detrans
AGU	Advocacia Geral da União
AIT	Auto de Infração de Trânsito
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNH	Carteira Nacional de Habilitação
CONTRAN	Conselho Nacional de Trânsito
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
DENATRAN	Departamento Nacional de Trânsito
DETRAN/MS	Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul
DETRAN/RJ	Departamento Estadual de Trânsito do Rio de Janeiro
IBPT	Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação
MPF	Ministério Público Federal
MTPA	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PRF	Polícia Rodoviária Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribuna de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF-2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF-4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE AMPARAM A FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS A SEREM OBSERVADOS PELO ESTADO	13
2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SEGURANÇA COMO LEGITIMADORES DA AÇÃO ESTATAL	14
2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO COMO LIMITADORES DO <i>JUS PUNIENDI</i>	22
2.3 O CARÁTER RELATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA COLISÃO.....	26
3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO E OS ÍNDICES EM RELAÇÃO AOS ACIDENTES CAUSADOS PELA CONDUÇÃO DE VEÍCULOS SOB EFEITO DE ÁLCOOL.....	32
3.1 A FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO COMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
3.2 OS ÍNDICES E AS CONSEQUÊNCIAS DOS ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA.....	39
<u>3.3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO BRASILEIRA E SEU RECRUDESCIMENTO NO TOCANTE À CONDUÇÃO SOB EFEITO DE ÁLCOOL.....</u>	<u>44</u>
4 A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4 SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CTB À LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	61
4.1 AS AÇÕES E MECANISMOS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DE NORMAS INCONSTITUCIONAIS.....	62
4.2 A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4 SOBRE AS AÇÕES QUESTIONANDO A CONSTITUCIONALIDADE DA SUJEIÇÃO OBRIGATÓRIA AO TESTE DO ETILÔMETRO EM FACE DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO.....	69
4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	79

5 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	86

1 INTRODUÇÃO

Buscando aumentar a efetividade das fiscalizações de trânsito bem como reduzir o número de acidentes causados pela combinação de álcool e direção, o legislador brasileiro, por meio da Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016, inseriu no Código de Trânsito Brasileiro o art. 165-A, que passou a prever a infração específica e autônoma de recusa aos testes destinados a constatar a influência de substâncias psicoativas no organismo dos motoristas. Com isso, tentou-se superar uma antiga discussão literária e jurisprudencial que questionava se a mera recusa do condutor abordado seria suficiente para sujeitá-lo às punições administrativas da lei de trânsito (BRASIL, 2016).

Explico: antes da inserção do art. 165-A até já havia a previsão de punição pela recusa. Era aquela constante do art. 277, §3º do CTB, que dizia que o condutor que durante processo de fiscalização de trânsito recusasse se submeter aos testes ofertados pelo agente seria punido na forma do art. 165 do CTB, que por sua vez previa a infração de dirigir sobre efeito e álcool ou outras substâncias que alterassem a capacidade do motorista. Nota-se, portanto, que a infração de recusa do art. 277, §3º do CTB na verdade remetia a sua capitulação ao art. 165 do CTB, que por sua vez apenas reprimia a conduta específica de dirigir sob efeito de álcool.

Na prática, essa certa confusão legislativa fez com que muitos dos Autos de Infração de Trânsito – AITs lavrados em função da recusa do motorista em soprar o bafômetro fossem anulados pelo Poder Judiciário, que em manifestou em diversas decisões a necessidade de o agente de trânsito constar no auto, além da recusa, os sinais de embriaguez que o motorista apresentava. Dessa forma, a simples recusa do condutor, quando não acompanhada de qualquer sinal de embriaguez da forma como disciplinada pelas resoluções do CONTRAN, seria inapta a sujeitá-lo aos gravames da lei de trânsito.

Contudo, o número alarmante de acidentes de trânsito causados pelos motoristas que dirigiam sob o efeito de álcool continuava a preocupar as autoridades, que cientes da necessidade de garantir um trânsito seguro e também desonerar os cofres públicos que vinham sofrendo com os elevados custos dos acidentes, editaram a Lei 13.281/2016 para tentar tornar efetiva a punição ao condutor que não aceitasse realizar os testes requeridos pelo agente de trânsito, na

forma como tentava o legislador desde 2008, quando foi inserido o §3º no art. 277 do CTB (BRASIL, 2008).

Diante da nova ferramenta de combate a alcoolemia no trânsito, os agentes começaram a enquadrar a recusa do condutor no novel art. 165-A do CTB, na tentativa de evitar a anulação do AITs pelos tribunais futuramente. Todavia, embora aparentemente resolvido o problema da capitulação legal do fato e dos requisitos para a sua aplicação, reacendeu-se no meio jurídico a discussão acerca da inconstitucionalidade dessa infração pela violação ao princípio da não auto-incriminação, pois na medida em que a recusa do condutor fosse punida da mesma forma e com o mesmo rigor que a efetiva condução sob efeito de álcool nos termos do art. 165 do CTB, na verdade não restaria alternativa ao motorista a não ser se sujeitar ao teste, segundo aqueles que defendiam a inconstitucionalidade.

De outro norte, a CRFB/1988 também prevê o direito à vida e à segurança como direitos fundamentais, de forma que o Estado precisa garantir um trânsito compatível com tais ditames, o que justificaria a mitigação do princípio anteriormente citado. É possível encontrar também aqueles que defendem a não aplicação do princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), que tem natureza eminentemente penal, no âmbito do direito administrativo.

Nesse sentido, o objetivo desse trabalho será analisar os direitos fundamentais envolvidos na celeuma, seus aspectos e reflexos no ordenamento jurídico e na elaboração das políticas públicas de segurança no trânsito. Também estudar-se-á o poder de polícia e sua relação com o trânsito, a evolução do Código de Trânsito Brasileiro – CTB no combate à embriaguez ao volante através de um retrospecto legislativo sobre todas as alterações feitas no código a esse respeito e suas consequências jurídicas e fáticas, bem como os índices dos acidentes de trânsito, abordando aqueles causados por embriaguez, e suas decorrências sociais e financeiras.

Serão estudadas também as ações e mecanismos cabíveis para afastar a aplicação de normas inconstitucionais, em um estudo acerca do controle de constitucionalidade, pesquisando-se da mesma forma o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 sobre a (in)constitucionalidade do art. 165-A do CTB e sua coação ao motorista para que realize o teste do etilômetro, analisando-se por fim os posicionamentos literários e jurisprudenciais sobre a aplicação do princípio da não auto-incriminação na seara do direito administrativo.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE AMPARAM A FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS A SEREM OBSERVADOS PELO ESTADO

A vida e a segurança, previstas respectivamente no art. 5º, *caput* e art. 6º, *caput*, ambos da CRFB/1988, constituem-se hoje como uns dos principais direitos que o Estado busca garantir aos cidadãos, e, compreendido entre os seus aspectos, encontra-se a segurança no trânsito. Os crescentes números de mortes e lesões causadas por acidentes de trânsito durante os últimos anos, bem como o alto custo bancado pelo Estado para o atendimento a essas vítimas têm exigido dos entes públicos uma postura cada vez mais ativa com vistas à evitar o acontecimento dessas fatalidades, ainda mais quando são consequências diretas da combinação de álcool e direção.

Desde o ingresso do Código de Trânsito Brasileiro – CTB no ordenamento jurídico pátrio, tem ele sido constantemente alterado e aprimorado para coibir a prática de dirigir sob efeito de álcool. Dessa forma, o Estado busca garantir a plena eficácia do direito fundamental à vida bem como o direito à segurança, haja vista o imenso risco à coletividade causado por essa conduta. Entretanto, não há direito fundamental absoluto, por isso cabe a Administração Pública observar todos os demais direitos e princípios fundamentais ao exercer o poder de polícia na fiscalização de trânsito, em especial aqueles direitos individuais que buscam proteger o cidadão da atuação arbitrária do Estado.

A inserção do art. 165-A no CTB, que passou a prever a infração específica de recusa ao teste do etilômetro, fez reacender a discussão acerca da (in) constitucionalidade da sujeição obrigatória do condutor ao teste, tendo como base o princípio da não auto-incriminação e presunção de inocência, bem como aprofundou o debate sobre os limites do Estado na busca pela garantia do direito à vida através de um trânsito mais seguro. Portanto, o objetivo desse capítulo é estudar os fundamentos teóricos envolvidos na fiscalização de trânsito e na obrigatoriedade indireta em realizar o teste do etilômetro prevista pelo CTB.

2.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SEGURANÇA COMO LEGITIMADORES DA AÇÃO ESTATAL

Ocupando posição privilegiada no ordenamento jurídico de um Estado Democrático, os direitos fundamentais são aqueles que formam um núcleo básico de proteção ao indivíduo, constituindo-se em “[...] posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 319). Sintetizando:

[...] é possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 321).

Dessa forma, para os professores Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 319), é possível identificar o caráter fundamental de um direito por meio de suas duas acepções, sendo elas a formal e a material. Portanto, são esses aspectos, justamente, que irão os diferenciar dos demais institutos jurídicos previstos no ordenamento.

Em relação à acepção formal, leciona que tal aspecto revela-se na medida em que os direitos fundamentais são aqueles que se encontram positivados na ordem constitucional, seja de forma explícita ou ainda implícita. Nesse sentido, tais direitos encontram-se no topo da hierarquia do ordenamento jurídico, incorporando para si a supremacia da qual desfrutam as normas constitucionais. Da mesma forma, estão protegidas pelos “[...] limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) [...]” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 319).

Ainda, quanto a sua aplicabilidade, tem-se que é direta “[...] e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5.o, § 1.o, da CF)”. Quanto ao seu aspecto material, menciona que é aquele que tem relação com o conteúdo do direito fundamental, que terá, por sua vez, uma relevância essencial (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 320).

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a Constituição Federal, como já referido e previsto no art. 5.o, § 2.o, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), com ou sem assento na Constituição, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 320).

Embora atualmente a grande maioria dos direitos fundamentais esteja prevista de forma expressa nas Constituições, em especial na CFRB/1988, o seu processo de incorporação pelos ordenamentos jurídicos ocorreu de forma gradual, tendo grande relevância nesse aspecto a evolução histórica dos direitos humanos, que serviu como ponto de partida para a posterior consagração dos direitos fundamentais. Para Comparato (2018, p. 53) a história dos direitos humanos se inicia com a busca da limitação do poder político:

O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder (COMPARATO, 2018, p. 53).

Nesse aspecto, Comparato (2018, p. 54) ensina que as primeiras manifestações da limitação do poder se deram ainda no reino de Davi antes de Cristo, que não se apresentava como Deus, mas apenas como aquele que tinha a incumbência de garantir a lei divina. Posteriormente, tal modelo político foi retomado na democracia ateniense e, posteriormente, na república romana.

Surgia, assim, o embrião daquilo que, muitos séculos depois, passou a ser designado como o Estado de Direito, isto é, uma organização política em que os governantes não criam o direito para justificar o seu poder, mas submetem-se aos princípios e normas editados por uma autoridade superior (COMPARATO, 2018, p. 54).

[...] a antiguidade foi o berço de algumas ideias essenciais para o reconhecimento dos direitos humanos (aqui compreendidos como direitos inerentes à condição humana) e posteriormente dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016. p. 304-305).

Tempos depois, na Idade Média, especialmente em razão das idéias de Santo Tomás de Aquino, propagou-se no pensamento europeu a teoria do direito natural, que sustentava a existência “[...] de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016. p. 305). Destacaram-se ainda, as contribuições de John Locke, Rousseau, Paine e Kant:

[...] foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo. Foi, contudo, no século XVIII, principalmente com Rousseau (1712-1778), na França, Thomas Paine (1737-1809), na América, e Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais atingiu seu ponto culminante, tendo sido Thomas Paine o autor responsável pela difusão da expressão “direitos do homem” como substitutiva do termo “direitos naturais” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 306).

Contudo, é na Inglaterra do século XIII, com a elaboração da Carta Magna de 1215, que se encontra o marco mais importante e decisivo na perspectiva de evolução histórico-jurídica dos direitos humanos, embora os direitos ali previstos não fossem extensíveis a toda a população, haja vista que foi desenvolvida para, precipuamente, garantir à nobreza certos privilégios. Mesmo assim, pode ser considerada o ponto de partida e referência histórica para a previsão legislativa dos principais direitos e liberdades civis (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 307).

Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da Magna Charta, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições, ainda mais quando é justamente neste documento que se identifica (pelo menos de acordo com a maioria dos autores) a origem desses direitos, precisamente no que diz com a garantia da liberdade de locomoção e sua proteção contra a prisão arbitrária, tendo em conta o argumento de que a liberdade constitui o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 307).

Já com as declarações inglesas do século XVII (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus act* e *Bill of Rights*) houve um significativo avanço dos direitos e liberdades, antes restritos a algumas classes e que passaram a ser de titularidade de todo o povo, ressaltando-se também o avanço em sentido material, com ampliação do seu conteúdo. Todavia, foi com os direitos incorporados à Constituição norte-americana através de suas primeiras emendas que houve a transição, passando aqueles direitos antes legais à categoria de direitos fundamentais constitucionais. Da mesma forma, desempenhou papel essencial a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p 308-309).

Com efeito, a nota distintiva da supremacia normativa (no sentido da vinculação do próprio Estado às cláusulas constitucionais), acompanhada, logo a seguir, da garantia do controle judicial da constitucionalidade das leis e atos do poder estatal por meio da Suprema Corte, acabou resultando, muito embora tal processo tenha sido lento e diferenciado de país para país, na consagração da noção de direitos fundamentais como direitos de hierarquia constitucional, oponíveis pelo cidadão ao Estado. Além do legado norte-americano, e em certo sentido (especialmente pela sua ampla difusão e influência), há que destacar a relevância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do Antigo Regime e a instauração da ordem liberal-burguesa na França (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 309).

Embora os direitos fundamentais tenham surgido a partir dos direitos humanos, lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 301) que se tratam de coisas distintas. Enquanto o termo “direitos humanos” é mais comumente utilizado no campo da filosofia política e no plano das ciências sociais em geral, o termo “direitos fundamentais” é mais empregado no âmbito do direito constitucional, até pelo fato de ter sido esse o termo adotado pela Constituição Federal de 1988.

o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado,⁶ ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 301).

Entretanto, não são conceitos excludentes ou então incompatíveis, tendo a literatura demonstrado de forma cada vez mais clara a correlação entre ambos,

que por vezes caminharam lado a lado no curso da história (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 303).

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (não exclusivamente – embora principalmente – no campo dos direitos humanos e fundamentais) um direito constitucional internacional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 303).

Não há como falar de direitos fundamentais sem abordar também o conceito e as características de uma Constituição – que é o documento jurídico no qual estão positivados - e as consequências jurídicas de sua incorporação pelas Constituições. Conforme Luís Roberto Barroso (2015, p. 99) pode-se entender uma Constituição, especialmente sob a perspectiva do constitucionalismo moderno, como um documento escrito de ordem superior que reflete a vontade política por meio da criação e organização das instituições essenciais do Estado e determinação do seu funcionamento.

Contudo, não têm as Constituições apenas caráter político. Destaca-se, ainda, a acepção jurídica do documento que, em sentido material, “[...] organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados.”. Já o elemento formal revela a sua posição no ordenamento jurídico como “[...] norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita seu conteúdo.” (BARROSO, 2015, p. 99).

Nesse sentido, uma das características essenciais das Constituições é a definição dos direitos fundamentais que serão garantidos pelo Estado aos cidadãos. Lecionam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p.303-304) que a relevância da perspectiva histórica dos direitos fundamentais guarda íntima relação também com o moderno Estado Constitucional, tendo em visto que o constitucionalismo e a conquista dos direitos fundamentais caminham a par e passo.

Embora haja discordâncias literárias no tocante à alguns pontos da teoria dos direitos fundamentais como seu marco inicial ou terminologia, em razão, por

exemplo, da singularidade do processo histórico-evolutivo de cada Estado e sua respectiva Constituição, é pacífico, no entanto, entre os autores, que a história dos direitos fundamentais pode ser compreendida através da divisão da trajetória evolutiva em três dimensões principais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p.310-312).

A primeira dimensão pode ser entendida como aquela fruto do pensamento liberal endossado pela classe burguesa do século XVIII, que buscava a limitação do poder irrestrito do Estado em prol das liberdades individuais do cidadão (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 312). O epicentro dessa transformação foi na França, por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que culminou com a promulgação da Constituição Francesa de 1791 (BARROSO, 2015. p.101). Tal dimensão tem por objeto direitos individuais de liberdade que exigem uma postura negativa do Estado para que possam ser efetivados. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 312):

[...] caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Neste contexto, assumem particular relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc), e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Dentre os diversos direitos fundamentais de primeira dimensão positivados no corpo da Constituição Federal de 1988, para Alexandre de Moraes (2014, p. 34) o mais importante de todos seria o direito à vida, já que se constituiria esse em um pré-requisito para a existência dos demais direitos bem como uma condição ao seu exercício pelos destinatários da norma.

Sua previsão encontra-se no art. 5º da Constituição Federal, dentro do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, especificamente no capítulo I, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Segundo consta no caput, é

assegurado, tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida (BRASIL, 1988).

É possível identificar duas acepções envolvendo o direito fundamental à vida. Uma delas seria o direito à uma vida digna, relacionada à subsistência conforme os padrões minimamente aceitos. Já a outra acepção estaria relacionada ao direito de continuar vivo (MORAES, 2014, p. 34). Contudo, a contra-senso da regra geral envolvendo os direitos fundamentais de primeira dimensão que a priori exigem a abstenção estatal, esta última acepção impõe ao Estado também (além da abstenção) uma postura ativa para impedir que os particulares, por sua vez, ajam de maneira a colocar em risco o direito à vida. Nesse sentido, cabe aos entes públicos imporem limites e fiscalizarem, como ocorre com o trânsito, para resguardar direitos conexos, como o direito à integridade física e à saúde.

Outro direito fundamental fortemente conectado com o direito à vida é o direito à integridade física (corporal) e psíquica. [...] O direito à integridade física e psíquica tem desenvolvimento histórico similar ao do direito à vida, de tal sorte que a doutrina aponta uma quase identidade desses dois direitos e dos seus âmbitos de proteção, muito embora também aqui se trate de direitos autônomos. [...] Em síntese, isso significa que a partir do direito à vida (o mesmo no caso do direito à integridade corporal) são deduzidos deveres estatais de proteção e promoção à saúde (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 405-406).

Após as conquistas dos direitos individuais de liberdade de primeira dimensão e sua adesão pelos Estados ao redor do mundo, verificou-se que a sua simples previsão no ordenamento jurídico e a abstenção estatal não seriam suficientes para garantir a plena eficácia daqueles direitos. As transformações sociais proporcionadas pela industrialização, bem como os problemas sociais causados pela ausência do Estado embasaram os movimentos políticos que culminaram no surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdades e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida de não mais evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Tais direitos fundamentais [...] caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência

social, saúde, educação, trabalho, etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...] (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 312-313).

Seguindo a tendência de bem-estar social, a Constituição de 1988 abarcou os direitos sociais no título dos direitos e garantias fundamentais, e, dentre eles, o direito à segurança, previsto no *caput* do art. 6º (BRASIL, 1988). Trata-se de um direito genérico que abarca diversas acepções, dentre elas, a segurança no trânsito. Seguindo esse entendimento, o legislador ordinário inseriu no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, no art. 1º, §2º, que “o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito [...]” (BRASIL, 1997).

Uma visualização dessa especificidade de segurança erigida pelo legislador de trânsito, evocando o direito fundamental de todos a um trânsito em condições seguras (trânsito seguro) como uma espécie do gênero advindo da norma constitucional, coaduna com a forma de interpretação dos direitos fundamentais apregoados na Magna Carta Nacional e onde o legislador infraconstitucional edita normas para concretizar o conteúdo do direito humano fundamental. Pelo exposto, portanto, com a norma de trânsito, foi esculpido um direito fundamental específico, que se acolhe do direito humano fundamental genérico da segurança, que tanto evidencia seu caráter individual (art. 5º da Constituição Federal) como social (art. 6º da Constituição Federal) (SANTOS, 2009, p. 44).

Para Rizzardo (2006, p. 29), a segurança no trânsito também pode ser entendida como um direito fundamental, destacando, ainda sua correlação com outros direitos fundamentais previstos no *caput* do art. 5º da CRFB/88.

Tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito, ou seja, a garantia de um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem como a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular organizado, planejado, não apenas no pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio tráfegar, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas (RIZZARDO, 2006, p. 37).

Portanto, ante ao conteúdo fundamental dos direitos à vida e à segurança, seja em seu aspecto material ou formal, cabe ao Estado promover a sua preservação por meio de ações continuadas, preventivas e repressivas, que visem à

existência de um trânsito seguro, garantido dessa forma, a plena efetividade dos direitos citados.

2.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO COMO LIMITADORES DO *JUS PUNIENDI*

Nucci (2017, p. 31) conceitua o princípio como “[...] um postulado que se irradia por todo o sistema de normas, fornecendo um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo [...]”. Dessa forma, os princípios têm a função de informar e direcionar todo o ordenamento jurídico, que por sua vez subordina-se aos seus comandos, formando um conjunto harmônico de regras.

Na lição de Rangel (2007, p. 3), os princípios constituem-se como verdadeiros alicerces sobre o qual se constrói todo sistema jurídico, devendo a interpretação das normas ser feita em consonância com seus comandos para que, dessa forma, sejam atingidos os fins previstos por eles, sob pena de haver decisões que, embora apliquem a letra da lei e o princípio pareçam coerentes, contrariem o ordenamento jurídico como um todo ao ir na direção contrária da que indica os princípios, principalmente naquelas situações em que há duas normas distintas, com soluções distintas, incidindo sobre o mesmo fato. Ao discorrer sobre a diferença entre o conceito e a aplicação de regras e princípios, Alexy (2018, p. 128) brilhantemente esclareceu:

A distinção teórico-normativa entre regras e princípios constitui a base de ambas as construções. Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, comandos de otimização. Enquanto tais eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e essencialmente por princípios opostos. Princípios contêm, pois, tomados respectivamente em si, sempre somente um comando *prima facie*. A determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a ponderação. Por essa razão a ponderação é a forma de aplicação específica do princípio.

Quanto a sua previsão, podem estar inseridos expressamente no ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal - como ocorre com a maioria dos princípios - ou em legislação ordinária, ou então serem implícitos, como resultado da interpretação e integração dos demais dispositivos legais e constitucionais. Ainda, Queijo (2003, p. 66) informa que há que se considerar a possibilidade prevista pelo art. 5º, §2º da CF de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de postulados internacionais, mediante o regular processo legislativo.

O princípio da presunção de inocência, um dos mais basilares do moderno Estado Democrático de Direito, está previsto expressamente no art. 5º, LVII da CF/88, que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Portanto, se o estado natural do indivíduo é a inocência, tem-se que cabe ao Estado, no exercício do *jus puniendi*, produzir a prova necessária para derrubar tal presunção e, assim, punir o cidadão pela prática de algum ilícito, e não o acusado assumir postura ativa na produção da prova para demonstrar sua inocência, afinal, ela já é presumida. Ainda, demais medidas que atinjam o direito de liberdade do indivíduo devem ser excepcionais e indispensáveis (NUCCI, 2017, p. 34).

Considerando que a presunção de inocência não se constitui em uma norma que prescreve uma conduta fechada, de forma objetiva e definitiva, mas sim se revela num postulado que contém um objetivo maior a ser alcançado pelo ordenamento jurídico – a saber, impedir a punição arbitrária pelo Estado -, exigindo sua aplicação na maior medida do possível, “[...] não há como deixar de incluir a presunção de inocência na categoria de princípios.” (BARBAGALO, 2015, p. 65).

Para Barbagalo (2015, p. 73), pode-se entender o princípio da presunção de inocência sob dois aspectos “[...] um deles relacionado ao tratamento do imputado como inocente, e outro relacionado à forma de produção e posterior análise do material probatório.” Ainda, quanto a abrangência, o autor leciona que, em que pese o texto constitucional tenha se referido à sentença criminal, o que, numa leitura afoita e apartada levaria o leitor mais desatento a concluir pela aplicação do princípio apenas no âmbito do processo penal, não parece ser essa conclusão mais adequada.

Especialmente na seara do direito administrativo, o Supremo Tribunal Federal – STF, inicialmente, não entendia pela aplicação do princípio nos processos administrativos, argumentando no sentido de que a independência entre as

instâncias penais e administrativas inviabilizaria a garantia da presunção de inocência nesses procedimentos. A posição foi sedimentada pelo pleno do Tribunal no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 22829-SP, de relatoria do Ministro Moreira Alves e julgado em 02 de abril de 2003. Com isso, permitiu-se “[...] a demissão do servidor público que viesse a ser processado criminalmente ainda antes do completo desfecho do processo criminal.” (BARBAGALO, 2015, p. 78).

Atualmente o posicionamento da Corte foi revisto para reconsiderar a não incidência do princípio da presunção de inocência, servindo como paradigma o Recurso Extraordinário 565.519-DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado 13 de maio de 2011, no qual foi decidido pela inconstitucionalidade da recusa da Administração Pública em inscrever em curso da Polícia Militar candidato que respondia a processo criminal sem trânsito em julgado (BARBAGALO, 2015, p. 79)

EMENTA: POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (PM/DF). CABO PM. NÃO CONVOCAÇÃO PARA PARTICIPAR DESSE CURSO, PELO FATO DE EXISTIR, CONTRA REFERIDO POLICIAL MILITAR, PROCEDIMENTO PENAL EM FASE DE TRAMITAÇÃO JUDICIAL. EXCLUSÃO DO CANDIDATO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSGRESSÃO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. - A recusa administrativa de inscrição em Curso de Formação de Sargentos da Polícia Militar, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra o candidato, procedimento penal, inexistindo, contudo, condenação criminal transitada em julgado, transgride, de modo direto, a presunção constitucional de inocência, consagrada no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República. Precedentes. - O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Poder Público trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. Precedentes. (STF, 2011).

Em caso análogo, o STF “[...] reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei mineira que reduzia a remuneração dos servidores que fossem processados criminalmente [...]”, através do Recurso Extraordinário nº 48200-6 (BARBAGALO, 2015, p. 79). Portanto, a jurisprudência da Suprema Corte tem revelado que deve sim ser respeitado o princípio da presunção de inocência nos processos administrativos, sendo esse também o entendimento de alguns autores que se debruçam sobre o tema, como o professor Queiroz Lobo (1996, p. 92/93):

A presunção de inocência aplica-se, sem exceções, ao ordenamento administrativo sancionador, garantindo o direito a não sofrer sanção que não tenha fundamento em uma prévia atividade probatória sobre a qual o órgão competente possa fundamentar um juízo razoável de culpabilidade. A apreciação realizada pelo órgão administrativo somente é suscetível de

revisão pela jurisdição ordinária, mas a valoração das provas não pode ser substituída. A função do tribunal na função de defesa da presunção de inocência na via de amparo, limita-se a comprovar se a prova existe, devendo, no caso, considerar satisfeitas as exigências da presunção, a qual somente será ofendida se não houver prova ou quando a apreciação judicial da mesma for arbitrária ou carente de conexão lógica com seu conteúdo (apud BARBAGALO, 2015, p. 78).

Complementa o professor Barbagalo (2015, p. 88):

A presunção de inocência alcança, indistintamente, qualquer pessoa que vier a ser processada no Brasil, seja em matéria penal ou extrapenal, quando houver possibilidade de aplicação de algum tipo de sanção de direito público ou aplicação de medida análoga, como, por exemplo, medida socioeducativa para adolescentes e medidas de segurança para os inimputáveis. Esse alcance decorre de uma interpretação direta do dispositivo constitucional, ou ainda pela internalização das normas internacionais, como no caso da Convenção sobre processo contra crianças. Também nos procedimentos administrativos a garantia constitucional efetiva-se, aplicando-se às pessoas submetidas a processos criminais ou procedimentos administrativos disciplinares, de forma a evitar punições iníquas ou abusivas, em juízos desprovidos de base probatória ou com base em provas obtidas de forma indevida.

Como sua consequência da interpretação extensiva e integrada com os demais postulados constitucionais, Nucci (2017, p. 35) destaca o princípio da não auto-incriminação, ou *nemo tenetur se detegere*, que garante "[...] que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo."

Trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental de poder o réu manter-se calado diante de qualquer acusação (art. 5º, LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo (NUCCI, 2017, p. 35).

Queijo (2003, p. 55) ressalta o caráter fundamental do princípio da não auto-incriminação em virtude da proteção que estende ao indivíduo contra os "excessos cometidos pelo Estado", classificando-o como um direito fundamental de primeira geração ante seu conteúdo eminentemente negativo, ou seja, exige a abstenção do Estado, vedando-se, portanto, aquele *modus operandi* que compele o acusado a participar ativamente na produção da prova.

Destaca, ainda, Aury Lopes Jr. (2014, p. 233), que o exercício do direito à não auto-incriminação por meio da negação do indivíduo em produzir a prova não pode ensejar qualquer consequência jurídica negativa a ele, como por exemplo a presunção de culpabilidade ou indício de culpa.

A Constituição Federal não prevê expressamente o princípio da não auto-incriminação, contudo, isso não é óbice ao seu reconhecimento pelo direito brasileiro e sua plena aplicação no âmbito dos processos, pois pode ser entendido como consequência lógica da conjugação dos demais princípios e direitos constitucionais (NUCCI, 2017, p. 35). Além disso, Queijo (2003, p. 65-66) menciona que foi introduzido formalmente ao direito positivo pátrio por meio de decretos legislativos que incorporaram pactos internacionais nos quais estava tal princípio previsto.

Em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos. Desse modo, em razão da interpretação do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi incorporado ao rol dos direitos fundamentais, estampados nesse artigo, por se achar disciplinado nos aludidos diplomas internacionais de direitos humanos. Essa inclusão do princípio do *nemo tenetur se detegere* proporciona a este status de norma constitucional, tal como ocorre com os demais direitos fundamentais expressos na Constituição Federal" (QUEIJO, 2003, p. 65-66).

Por conseguinte, ante ao status de norma fundamental que goza o princípio da não auto-incriminação, deve ter aplicação plena e imediata, como preconiza o §1º do art. 5º da CFRB/88, servindo como balizador da atuação estatal no exercício do *jus puniendi* que a ele é inato.

2.3 O CARÁTER RELATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA COLISÃO.

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 239) comentam que a caracterização dos direitos fundamentais é tarefa árdua tendo em vista de que a singularidade de "fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos" importam em diferenciação na forma como são tratados tais direitos pelos diversos Estados Democráticos. Contudo, tal situação não impede que a doutrina trace alguns fatores essenciais desses direitos, como, por exemplo, a

universalidade, historicidade, inalienabilidade e indisponibilidade. Entretanto, um aspecto envolvendo os direitos fundamentais ganha especial relevância, que é seu caráter relativo.

Há quem afirme que os direitos fundamentais são absolutos e irrestritos em razão estarem situados em posição hierarquicamente superior aos demais direitos, ideia fundada na teoria jusnaturalista de proteção ao direito à vida, liberdade e propriedade. Portanto, para essa corrente, impor restrições a tais direitos seria uma espécie de ameaça a eles. Contudo, caso a afirmativa fosse verdadeira, não seria possível ao Estado agir para garantir a prevalência dos interesses sociais sobre os individuais (, 2008, p. 240).

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. [...] Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”. A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. [...] Não há, portanto, em princípio, que falar, entre nós, em direitos absolutos. Tanto outros direitos fundamentais como outros valores com sede constitucional podem limitá-los (, 2008, p.240-241).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 380-383) também entendem os direitos fundamentais como passíveis de restrições, definindo as restrições como “[...] ações ou omissões dos poderes públicos [...] ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção [...]”. Ainda, sobre a importância da restrição, ressalta que “A identificação dos limites dos direitos fundamentais constitui condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo [...]”

Destaca o autor que a restrição pode ser em função de norma infraconstitucional que tenha como fundamento preceito da Constituição ou então por autorização expressamente prevista em seu corpo, diferenciando-se, nesse caso, dois tipos de reservas legais: as simples e as qualificadas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 384).

As reservas legais costumam ser, por sua vez, classificadas em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas. As reservas do primeiro grupo (reservas legais simples) distinguem-se por autorizarem o legislador a intervir no âmbito de proteção de um direito fundamental sem estabelecerem pressupostos e/ou objetivos específicos a serem observados, implicando, portanto, a atribuição de uma competência mais ampla de restrição. Como exemplo, cita-se o art. 5.o, LVIII, da CF/1988: “O civil-mente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.³⁰⁴ Já as reservas legais qualificadas têm como traço distintivo o fato de estabelecerem pressupostos e/ou objetivos a serem atendidos pelo legislador ordinário para limitar os direitos fundamentais, como bem demonstra o clássico exemplo do sigilo das comunicações telefônicas (5.o, XII, da CF): “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 385).

Ainda, pode a restrição ocorrer em razão do choque entre direitos fundamentais, quando seja necessário limitar um para garantir o outro, mesmo que inexistia previsão constitucional autorizando tal medida, hipótese que leva a discussão para o campo eminentemente hermenêutico e suscita as maiores divergências, haja vista que o entendimento sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais tem grande variação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 384).

Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – e tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá à custa do outro. Situações de colisão de direitos fundamentais afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentem em contradição concreta (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 386).

Contudo, ainda que todo direito fundamental seja passível de restrição, como aludido anteriormente, deve o operador do direito durante esse processo ter em vista que existe uma parcela desse direito, assim entendida como o núcleo essencial, que não pode ser restringida, sob pena de perder a sua eficácia e deixar “[...] de ser reconhecível como um direito fundamental.” Para o autor, “A ideia

fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais [...]. Ou seja, mesmo quando há autorização expressa da Constituição ao legislador, ainda sim permanece ele “[...] vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 396).

A solução desse impasse, como é corrente, não poderá se dar com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios. Hipótese clássica diz respeito à liberdade de expressão, prevista no art. 5.o, IX, da CF (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”), que, a despeito de não sujeita à reserva legal, pode entrar em rota de colisão com outros direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5.o, X, da CF), igualmente não sujeitos a uma reserva de lei (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 386-387).

Todavia, além do aspecto material, deve o operador do direito estar atento também aos limites formais, que segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 387) estão relacionados “[...] a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. “

Barroso (2015, p. 371) cita alguns casos que de conflitos entre normas fundamentais que já foram analisados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, destacando a problemática envolvendo “direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridos no domínio mais amplo da segurança pública.” (BARROSO, 2015, p. 370) Complementa ainda que os “critérios tradicionais de solução de conflitos entre normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação”, necessitando o interprete de valer-se de outras técnicas para a solução adequada do impasse.

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou direitos

fundamentais. De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior => premissa menor => conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais (BARROSO, 2015, p. 372-373).

Portanto, observou-se a necessidade de desenvolvimento de uma nova técnica de interpretação constitucional que oferecesse uma solução concreta e racional sem, contudo, desconsiderar os diferentes aspectos materiais dos direitos fundamentais envolvidos no conflito. Surgiu, então, o método da ponderação, para quando há normas hierarquicamente iguais apontando para conclusões diferentes, comparado a “[...] uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética [...]” enquanto a subsunção é tida como um “[...] quadro geométrico, com três cores nítidas e distintas.” (BARROSO, 2015, p. 373).

O autor identifica três etapas distintas do processo de ponderação. A primeira seria a identificação das normas aplicáveis ao caso em questão e seu agrupamento conforme as soluções que apontam. A princípio, seriam formados dois grupos. Em seguida, analisam-se os fatos e os reflexos da aplicação das normas destacadas sobre eles (tais etapas, na verdade, são comuns a todos os métodos de interpretação e aplicação das normas). Por fim (agora sim vem a técnica que distingue o método ponderativo), o intérprete analisa conjuntamente os grupos de normas aplicáveis e sua repercussão fática e decide qual conjunto deve prevalecer. Depois, cabe ainda “[...] decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida.”, sempre com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (BARROSO, 2015, p. 374-375).

Portanto, não é possível conceber solução simples ou superficial para situações envolvendo o choque entre direitos fundamentais, nem apontar uma única saída, devendo o intérprete (em geral, o Poder Judiciário) ponderar os diversos fatores envolvidos. Todavia, ressalta-se que a técnica pode resultar em soluções distintas, principalmente quando feita via controle difuso de constitucionalidade. Dessa forma, a análise do posicionamento jurisprudencial torna-se uma fonte relevante para mensurar a direção que tem sido tomada na solução de um

determinado conflito. Apesar da possibilidade de soluções distintas, a ponderação ainda mostra-se a solução mais adequada, tornando-se os juízes e tribunais partes centrais nessa questão.

3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO E OS ÍNDICES EM RELAÇÃO AOS ACIDENTES CAUSADOS PELA CONDUÇÃO DE VEÍCULOS SOB EFEITO DE ÁLCOOL.

Ao longo do século XX, a sociedade vivenciou um período de grandes mudanças e inovações. Logo no início do século Henry Ford começara aquilo que posteriormente viria a ser chamado de “fordismo”, assim entendido como o modelo de produção em massa de automóveis por meio de linhas de montagem (RIBEIRO, 2015, p. 4-5). A partir dessa revolução, o automóvel foi se popularizando e o crescimento desse meio de transporte foi vertiginoso. No Brasil, o grande marco de ascensão da indústria automobilística se deu nos anos 50, com a política de industrialização que permitiu a entrada de grandes montadoras em território nacional (ALBUQUERQUE, 2016, p. 13).

Atualmente, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT, 2018), o Brasil conta com uma frota de aproximadamente 65,8 milhões de veículos. Em uma análise comparativa com o número de habitantes, a Associação Nacional dos Detrans (AND, 2019) indica que já há em torno de um automóvel para cada 4 habitantes. Os números são expressivos e vêm acompanhados também de uma grande quantidade de acidentes de trânsito, que causam mortes, sequelas e também o enorme dispêndio de recursos públicos para o atendimento de todas essas vítimas. Dentre as principais causas de acidentes de trânsito figura a combinação de álcool e direção, o que tem exigido das autoridades providências no sentido de coibir tal prática e diminuir os índices de acidentes por esse motivo.

Nesse sentido, o objetivo desse capítulo é analisar os índices dos acidentes de trânsito, em especial daqueles causados pela embriaguez, bem como analisar as alterações legislativas promovidas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB com relação à embriaguez ao volante e suas consequências práticas no combate à essa mazela. Analisar-se-á, também, o poder de polícia inerente à Administração Pública e como ele se manifesta em relação ao trânsito.

3.1 A FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO COMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme a lição de Meirelles (2014, p. 131), para que a Administração Pública possa desempenhar de forma satisfatória suas atribuições e bem atender aos interesses coletivos, foram a ela conferidos os chamados poderes administrativos, assim conceituados como os “[...] instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes instrumentais [...]”. Classifica o autor as diferentes espécies de poder de acordo com a sua finalidade:

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Dentro dessa diversidade, são classificados, consoante a liberdade da Administração para a prática dos seus atos, em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; diante de sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia* (MEIRELLES, 2015, p. 131).

Quanto a sua titularidade, Meirelles (2014, p. 132) dispõe que são atribuídos a todos os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – ressaltando que podem ser utilizado de forma isolada ou cumulativa, de acordo com o fim que se pretende atingir, exemplificando essa situação com a integração do poder de polícia ao demais:

Tal o que ocorre, p. ex., com o ato de polícia administrativa, que é normalmente precedido de uma regulamentação do Executivo (poder regulamentar), em que a autoridade escalona e distribui as funções dos agentes fiscalizadores (poder hierárquico), concedendo-lhes atribuições vinculadas (poder vinculado) ou discricionárias (poder discricionário), para a imposição de sanção aos infratores (poder de polícia) (MEIRELLES, 2014, p. 132).

Ainda, em relação à competência, Meirelles (2014, p. 132) diz que se dará acordo com as regras de competência constitucionalmente estabelecidas, especialmente no tocante ao poder de polícia, em que, segundo Mello (2013, p. 863) a competência administrativa é, em regra, determinada pela competência legislativa, ou seja, o ente competente para legislar sobre determinada matéria também tem a competência para exercer o poder de polícia administrativa. Da mesma forma, o ente

competente para legislar sobre determinado assunto será aquele que exercerá o poder regulamentar, em respeito ao princípio federativo.

No tocante ao trânsito, essa interdisciplinaridade destacada por Meirelles (2014, P. 132) entre os poderes administrativos para tratar do tema é ainda mais clara, com o uso do poder regulamentar para a expedição de decretos e demais espécies normativas como portarias e resoluções, que direcionam a aplicação das normas de trânsito emanadas do Poder Legislativo, e também com o uso do poder hierárquico, com o escalonamento das atribuições dos agentes públicos atuantes na área.

Contudo, inegavelmente o poder de polícia é aquele com maior relevância e incidência em matéria de trânsito. Segundo Meirelles (2014, p. 146) o poder de polícia pode ser entendido como “[...] a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.” Em outras palavras, ressalta o autor que tal poder funciona como um verdadeiro limitador dos direitos conferidos ao cidadão em prol do bem comum, sempre que a atividade desenvolvida pelo particular “[...] se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.” (MEIRELLES, 2014 p. 147). Já Mello (2013, p. 840) resume poder de polícia como a “[...] atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade, ajustando-os ao interesse coletivo [...]”. Vale ressaltar também, que a legislação, ao encontro do que dispõe a literatura, conceitua o poder de polícia, no art. 78 do Código Tributário Nacional, destacando que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1966)

Meirelles (2014, p. 149) leciona que a razão desse poder reside, justamente, no interesse coletivo em uma vida social harmônica, ao passo que seu fundamento “[...] está na supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades [...]”. Asseverando a necessidade dessas limitações através da atividade de polícia administrativa, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello brilhantemente esclareceu:

Através da Constituição e das leis os cidadão recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade e propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos. [...] Por vezes, os direitos individuais encontram-se já plena e rigorosamente delineados na lei; outras vezes, dentro dos limites legais, incumbe à Administração Pública reconhecer, averiguar, no caso concreto, a efetiva extensão que possuam em face do genérico e impreciso contorno legal que lhes tenha sido dado. Também nestas últimas hipóteses, a Administração não restringe nem limita o âmbito de tais direitos. Unicamente, acendendo, como de seu dever, à vontade legal, procede, concretamente, à identificação dos seus confins ou lhes condiciona o exercício, promovendo, por ato próprio, sua compatibilização com o bem-estar social, no que reconhece, *in casu*, as fronteiras legítimas de suas expressões.” (MELLO, 2013, p. 836-837).

Contudo, Mello (2013, p. 841) impende que cumpre diferenciar, para exata compreensão do âmbito de incidência e atuação do poder de polícia, aqueles atos restritivos que têm como fundamento o referido poder daqueles demais atos que, embora se assemelhem aos atos de polícia administrativa em razão da forma como são exercidos - por meio de limitações e sanções - decorrem de outros poderes da Administração, como o poder hierárquico ou disciplinar. Para o autor, a chave para essa distinção, como bem assentado na literatura administrativista italiana, reside na identificação do tipo de supremacia na qual se baseia o ato, que pode ser a supremacia geral, a qual se sujeitam todos aqueles inseridos no espaço sobre o qual o Estado exerce sua soberania, sem entretanto ter algum tipo de vínculo especial com a Administração, ou pode ser a supremacia especial, configurada quando presentes “[...] vínculos específicos travados entre o Poder Público e determinados sujeitos.”

Bem por isso, não se confundem com a polícia administrativa as manifestações impositivas da Administração que, embora limitadoras da liberdade, promanam de vínculos ou relações específicas firmadas entre o Poder Público e o destinatário de sua ação. Desta última espécie são as limitações que se originam em um título jurídico especial, relacionador da Administração com terceiro. Assim, estão fora do campo da polícia administrativa os atos que atingem os usuários de um serviço público, a ele admitidos, quando concernentes àquele especial relacionamento. Da mesma forma, excluem-se de seu campo, por igual razão, os relativos aos servidores públicos ou aos concessionários de serviço público, tanto quanto os de tutela sobre as autarquias, conforme os ensinamentos do preclaro Santi Romano. As limitações dessa ordem são decorrentes de um vínculo específico, pois a supremacia especial supõe um “estado de especial sujeição do indivíduo”, em razão de sua inserção em um vínculo mais estrito com a Administração, do que decorre, para esta, a necessidade de sobre ele exercitar uma supremacia mais acentuada. [...] (MELLO, 2013, p. 841).

Como mencionado anteriormente, o poder de polícia, enquanto poder administrativo, é inerente a todos os entes federados no exercício da função administrativa. Quanto a sua competência, foi visto que em regra acompanhará a competência legislativa. Assim, Meirelles (2014, p. 145) destaca que poderá haver “[...] competências exclusivas e concorrentes das três esferas estatais, dada a descentralização político-administrativa decorrente do nosso sistema constitucional.”

Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Assim, os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; os de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual, e os de interesse local subordinam-se aos regulamentos edílicos e ao policiamento administrativo municipal. Todavia, como certas atividades interessam simultaneamente às três entidades estatais, pela sua extensão a todo território nacional (v.g., saúde pública, trânsito, transportes etc.), o poder regular e de polícia se difunde entre todas as Administrações interessadas, provendo cada qual nos limites de sua competência territorial. A regra, porém, é a exclusividade do policiamento administrativo; a exceção é a concorrência desse policiamento. Em qualquer hipótese, a entidade que detém a competência não pode demitir-se desse poder, que é de natureza irrenunciável (MEIRELLES, 2014, p. 145-146).

Ainda, Justen Filho também destaca a possibilidade de haver competência legislativa privativa de um ente, sem, contudo, excluir a competência administrativa dos demais, que a exercerão conjuntamente com aquele:

Certos temas são de competência privativa da União, tal como se passa no tocante a algumas atividades econômicas. Um exemplo é telefonia celular: cabe à União disciplinar os parâmetros técnico-científicos da sua exploração por força do art. 21, XI, da CRFB/1988. Isso não impede, no entanto, que aspectos de uma mesma atividade se subordinem à competência de poder de polícia de diversos entes federativos. Lembre-se, por exemplo, que o art. 23 da CRFB/1988/1988 estabelece competências comuns aos diversos entes federativos (2014, p. 597).

Especificamente sobre o trânsito, a CRFB/1988 (BRASIL, 1988) estabeleceu no seu art. 21, XI que cabe privativamente à União legislar sobre o assunto. Embora se esteja diante de um tema de interesse nacional e comum a todos os entes, decidiu por bem o constituinte reservar a ela, União, a competência legislativa sobre a matéria. Dessa forma, somente esse ente tem o poder de criar, alterar e revogar as leis de trânsito, prerrogativa essa que deu origem ao Código de Trânsito Brasileiro – CTB, assim entendido como o diploma normativo que estabelece as normas gerais sobre o assunto.

Todavia, como ressaltado por Meirelles (2014, p. 146) o trânsito constituiu-se como tema de interesse nacional, além de fazer parte do dia a dia da quase totalidade dos cidadãos, o que exige, portanto, a participação de todos os entes federados para garantir seu bom funcionamento e sua compatibilidade com os direitos fundamentais individuais e sociais, especialmente o direito à vida e à segurança. Ciente dessa necessidade, o art. 23, XI da CRFB/1988 estabeleceu a competência administrativa comum a União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto ao trânsito, sendo que o CTB, dando efetividade ao provimento constitucional, previu a integração de todos esses entes e seus órgãos correlatos no chamado Sistema Nacional de Trânsito:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código. [...] § 2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito. [...] Art. 7º Compõem o Sistema Nacional de Trânsito os seguintes órgãos e entidades: I - o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, coordenador do Sistema e órgão máximo normativo e consultivo; II - os Conselhos Estaduais de Trânsito - CETRAN e o Conselho de Trânsito do Distrito Federal - CONTRANDIFE, órgãos normativos, consultivos e coordenadores; III - os órgãos e entidades executivos de trânsito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; IV - os órgãos e entidades executivos rodoviários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V - a Polícia Rodoviária Federal; VI - as Polícias Militares dos Estados e do Distrito Federal; e VII - as Juntas Administrativas de Recursos de Infrações - JARI (BRASIL, 1997).

Dessa forma, em que pese a competência legislativa em relação à matéria seja privativa da União, nos termos da CRFB/1988, conforme o CTB todos os entes estão inseridos no Sistema Nacional de Trânsito, tendo papel ativo na consecução dos objetivos traçados por tal legislação, especialmente no que diz respeito à garantia de um trânsito em condições seguras, nos termos do art. 1º, §2º do CTB. E, para o desempenho dessas atividades, o art. 5º da mesma lei conferiu a esses entes e seus órgãos as competências necessárias ao desempenho dessa atividade.

Art. 5º O Sistema Nacional de Trânsito é o conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que tem por finalidade o exercício das atividades de planejamento, administração, normatização, pesquisa, registro e licenciamento de veículos, formação, habilitação e reciclagem de condutores, educação, engenharia, operação do sistema viário, policiamento, fiscalização, julgamento de infrações e de recursos e aplicação de penalidades (BRASIL, 1997).

Portanto, da análise do disposto no art. 5º do CTB, percebe-se que foram conferidas tanto competências para o exercício do poder de polícia, expressadas meio de atos de registro de licenciamento e fiscalização, quanto competências para o exercício do poder regulamentar, conforme o poder de normatização para expedir resoluções e portarias complementando aquilo já disposto em lei.

Nesse sentido, os meios de atuação do poder de polícia vão além dos meros atos de fiscalização, destacando Wenz (2013, p. 21) que é possível identificar quatro modos por meio do qual o referido poder se expressa, sendo eles “[...] a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.” Para Meirelles (2014, p. 155) a ordem de polícia se manifesta através de “ordens e proibições”, que por sua vez emanam de “normas limitadoras e sancionadoras da conduta daqueles que utilizam bens ou exercem atividades que possam afetar a coletividade, estabelecendo as denominadas limitações administrativas”. Destaca-se, nesse aspecto, a edição de leis como o Código de Trânsito Brasileiro, bem como a expedição de resoluções do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN e demais órgãos componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

Já o consentimento de polícia é caracterizado por Meirelles (2014, p. 155) como o “[...] consentimento formal da Administração à pretensão do administrado [...]” naqueles casos em que “[...] a realização da atividade ou o exercício de direito depende de policiamento administrativo. [...]”. Para tal, o Poder Público emite um alvará, que poderá ser uma licença, como a licença para dirigir, ou uma autorização.

O alvará pode ser definitivo ou precário: será definitivo e vinculante para a Administração quando expedido diante de um direito subjetivo do requerente como é a edificação, desde que o proprietário satisfaça todas as exigências das normas edílicas; será precário e discricionário se a Administração o concede por liberalidade, desde que não haja impedimento legal para sua expedição, como é o alvará de porte de arma ou de uso especial de um bem público. O alvará definitivo consubstancia uma licença; o alvará precário expressa uma autorização. Ambos são meios de atuação do poder de polícia, mas com efeitos fundamentalmente diversos, porque o alvará de autorização pode ser revogado sumariamente, a qualquer tempo, sem indenização, ao passo que o alvará de licença não pode ser invalidado discricionariamente, só admitindo revogação por interesse público superveniente e justificado, mediante indenização; ou cassação por descumprimento das normas legais na sua execução; ou anulação por ilegalidade na sua expedição – em todas essas hipóteses através de processo administrativo com a defesa do interessado (MEIRELLES, 2014, p. 155-156).

Em relação à fiscalização de polícia, Meirelles (2014, p. 156) propõe que seria a verificação pela Administração se a atividade exercida pelo particular está ocorrendo de acordo com as normas de polícia e dentro das condições expressas no alvará. Complemente Wenz, (2013, p. 21) que a fiscalização pode ser “[...] preventiva ou repressiva e iniciada *ex officio* ou por provocação.”

Por fim, Wenz (2013, p. 21) conceitua a sanção de polícia como “[...] submissão coercitiva do particular infrator de medidas inibidoras ou dissuasórias, quando falhar a fiscalização preventiva e verificada a ocorrência de infrações às ordens de polícia.”. Para Mello (2013, p. 866) a sanção de polícia seria “[...] a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa [...]” afirmando ainda que cabe à própria Administração impô-la. Quanto à importância da medida, Meirelles (2014, p. 156) a defende na medida em que a ausência de punição tornaria inócuas as regras de polícia, tendo em vista que seu descumprimento em nada afetaria o particular.

Complementando, destaca o autor que podem se manifestar de diferentes formas, como por meio de “[...] interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção [...]” dentre outras, sendo que a mais comumente utilizada pela Administração é a multa, e que, com exceção da última, podem ser diretamente executadas em virtude do atributo da autoexecutoriedade e presunção de legalidade dos atos de polícia. Nas sanções de trânsito, destacam-se, ainda, a retenção do documento de habilitação do condutor e a retenção do veículo, conforme o caso.

3.2 OS ÍNDICES E AS CONSEQÜÊNCIAS DOS ACIDENTES DE TRÂNSITO CAUSADOS PELA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA

As mortes e lesões causadas por acidentes de trânsito tem se mostrado um problema generalizado que tem afetado não somente o Brasil, mas países do mundo inteiro. Segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU, os acidentes de trânsito são a nona maior causa de óbitos no mundo, vitimando de forma fatal algo em torno de 1,25 milhão de pessoas por ano, além de deixar um número também alarmante de feridos: de 20 a 50 milhões de pessoas por ano, situação ainda agravada, em diversos países, pelos serviços inadequados de emergência e atendimento hospitalar dessas vítimas (ONU, 2018).

Diante desse quadro, a ONU lançou no mês de maio de 2011 a “[...] Década de Ação pela Segurança no Trânsito 2011-2020, na qual governos de todo o mundo se comprometem a tomar novas medidas para prevenir os acidentes no trânsito [...]” (ONU, 2018). A Organização Pan-Americana de Saúde, órgão integrante da Organização Mundial de Saúde – OMS, tem sido a responsável por coordenar os esforços a nível global, bem como monitorar o desempenho do programa, seja em nível nacional ou internacional. Da mesma forma, “A agência também oferece apoio às iniciativas que têm objetivos como a redução do consumo de bebidas alcoólicas por motoristas, o aumento do uso de capacetes, cintos de segurança e a melhoria dos atendimentos de emergência.” (ONU, 2018).

Foi lançado também o Plano de Ação Global para a Década, que define as etapas para melhorias na segurança rodoviária, pede mais rigor na legislação e sugere medidas que possam dar mais proteção aos grupos mais vulneráveis, como ciclistas e pedestres. Em mensagem para marcar o lançamento, o secretário-geral da ONU, Ban Ki-moon, pediu aos Estados-membros, às agências internacionais, às organizações da sociedade civil, empresários e líderes comunitários que assegurem que a Década possa gerar melhorias reais. “Juntos, poderemos salvar milhares de vidas”, completou. Em maio de 2012, a Assembleia Geral da ONU reforçou, por meio de resolução, um pedido para que os Estados-Membros e outros atores interessados se engajem nas ações da Década (ONU, 2018).

Portanto, como ressaltado pelo secretário, às ações pela segurança no trânsito, enquanto problema global, exigem não só a postura ativa dos Estados, mas também da sociedade civil.

Conforme dados obtidos pelo Conselho Federal de Medicina – CRFB/1988M, “No Brasil, a cada 60 minutos, em média, pelo menos cinco pessoas morrem vítimas de acidente de trânsito. Os desastres nas ruas e estradas do País também já deixaram mais de 1,6 milhão de feridos nos últimos dez anos [...]” (CFM, 2019).

Segundo a análise do CRFB/1988M, a cada hora, em média, cerca de 20 pessoas dão entrada em um hospital da rede pública de saúde com ferimento grave decorrente de acidente de transporte terrestre. Ao avaliar o volume total de vítimas graves do tráfego nos últimos dez anos (1.636.878), é possível verificar que 60% desses casos envolveram vítimas com idade entre 15 e 39 anos, sendo menor a frequência nas faixas etárias que vão de zero a 14 anos (8,2%) e em maiores de 60 anos (8,4%). Outra constatação: quase 80% das vítimas eram do sexo masculino. Entre 2009 e 2018, houve um crescimento de 33% na quantidade de internações em todo o País. O pior cenário, proporcionalmente, foi identificado no estado de Tocantins, que saiu das 60 internações, em 2009, para 1.348, no ano passado (aumento de 2.147%). Na sequência aparece Pernambuco, onde o salto foi de 725% na última década. [...]Na região Norte, a mortalidade por acidentes subiu 30%.

Da mesma forma, no Nordeste houve um crescimento de 28% dos casos. No Centro-Oeste também houve aumento do indicador (7%), enquanto nas regiões Sul e Sudeste apresentaram menor quantidade de óbitos em 2016, frente à 2007, com queda de 15% e 18%, respectivamente. Embora os estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná liderem o ranking nacional em números absolutos de mortes no trânsito durante os últimos dez anos, o Piauí foi a federação que apresentou o maior crescimento proporcional no período: 56%. Em 2007, 670 óbitos haviam sido registrados naquele estado, número que saltou para 1.047 dez anos depois. Na mesma proporção, de 56%, cresceram os registros vítimas fatais no Maranhão no período. Ao todo, 16 estados notificaram aumento desse tipo de agravo (CFM, 2019).

Ainda, o custo estimado para os cofres públicos nessa última década foi de aproximadamente R\$ 3 bilhões (valores atualizados pela inflação do período), o que revela que o problema relaciona-se não apenas com a área da saúde, mas também gera consequências econômicas negativas ao Estado, que fica obrigado a despendar grande quantidade de recursos públicos para o atendimento dessa demanda, deixando, dessa forma, de investir em outros setores (CFM, 2019).

Antonio Meira Júnior, diretor da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego (Abramet) e membro da Câmara Técnica do CRFB/1988M, lembra que os custos com os acidentes de trânsito vão além das hospitalizações. “Estamos falando de um custo médio de aproximadamente R\$ 290 milhões ao ano, que obviamente foi investido para salvar vidas, o que é justificável. Se conseguíssemos diminuir o número de vítimas do trânsito, no entanto, teríamos um impacto muito grande também nas contas públicas. São recursos que poderiam ser direcionados para outras áreas prioritárias da assistência em saúde no País”, pontua. Estimativas conservadoras, segundo ele, calculam em cerca de R\$ 50 bilhões ao ano os gastos com os acidentes, incluindo atendimento médico-hospitalar, seguros de veículos, danos a infraestruturas, perda ou roubo de cargas, entre outras despesas. “É preciso lembrar que existem outros custos envolvidos neste contexto, como o do absenteísmo por doença (falta do trabalhar por atestado ou licença-saúde), com auxílios doença e tudo o mais que o País tenha investido no indivíduo que veio a óbito ou que ficou inválido em idade produtiva. Mais grave do que toda essa matemática, porém, são as sequelas físicas e emocionais – muitas vezes irreversíveis – que cada um destes acidentes deixa na vida das pessoas” (CFM, 2019).

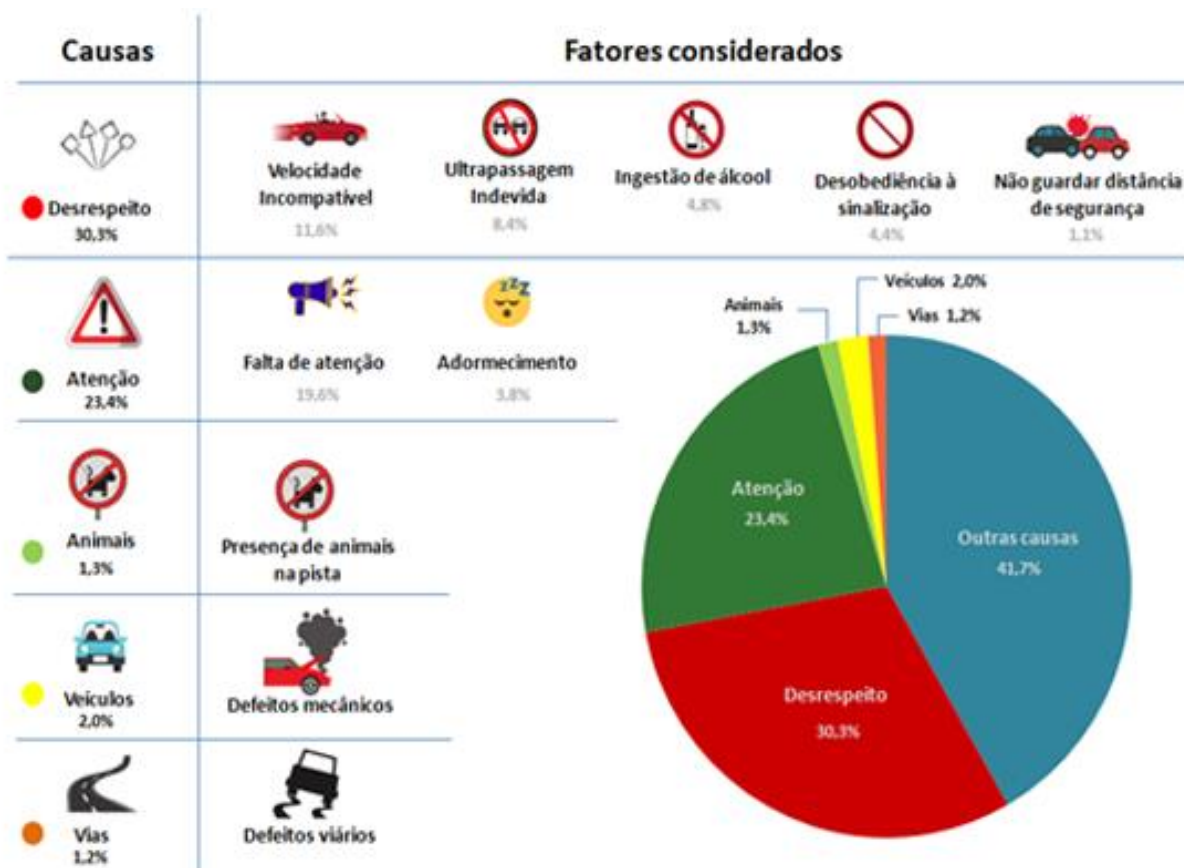
Nesse sentido, destaca José Fernando Vinagre, coordenador da Câmara Técnica de Medicina de Tráfego do Conselho Federal de Medicina que os acidentes de trânsito têm se mostrado “[...] um grave problema de saúde pública [...]” na medida em que tem feito grande número de vítimas bem como sobrecarregado o Sistema Único de Saúde, por sua vez sustentado por recursos públicos. Embora reconheça o avanço dos últimos anos, com o aprimoramento da legislação, especialmente com a chegada da Lei Seca, e intensificação nas ações de

fiscalização, ressalva que ainda há muito a se fazer para que se garanta um trânsito realmente seguro (CFM, 2019).

Conforme o Departamento Estadual de Trânsito do Mato Grosso do Sul – DETRAN/MS, diversas podem ser as causas para o elevado número de acidentes de trânsito, dentre elas a má condição de infraestrutura das vias públicas destinadas à circulação de veículos, especialmente pela falta de conservação e sinalização adequada, bem como as falhas mecânicas nos automóveis, principalmente pela falta de manutenção periódica. (DETRAN/MS, 2016). Conduto, de acordo com o levantamento feito pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação, o fator humano representa mais de 50% das causas para os acidentes (MTPA, 2018).

Segundo dados de um estudo realizado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação sobre Segurança nas Rodovias Federais, 53,7% dos acidentes são causados pela negligência ou imprudência dos motoristas, seja por desrespeito às leis de trânsito (30,3%) ou falta de atenção do condutor (23,4%). É o chamado “fator humano”. Aproximadamente 30% dos casos de óbitos registrados entre 2007 e 2016 são causados pelo desrespeito, o que, em números absolutos, representa mais de 23 mil mortos. Já em relação à falta de atenção, foram mais de 15 mil mortos e 276 mil feridos no mesmo período. (MTPA, 2018).

Gráfico 1 – Principais Causas de Acidentes de Trânsito.



Fonte: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação, 2018.

Da análise do gráfico, percebe-se que a ingestão de álcool pelos motoristas representa 4,8% das causas dos acidentes de trânsito no Brasil, sendo a terceira maior dentre aquelas agrupadas na categoria “Desrespeito”, e a quinta maior entre todas as causas, segundo a pesquisa. Dessa forma, a combinação de álcool e direção revela-se num fator de grande risco à segurança no trânsito, na medida em que os efeitos do álcool alteram de forma substancial a capacidade de condução. (PANITZ, 2007, p. 81 e DUAİLİBI, PINSKY e LARANJEIRA, 2010, p. 21 e 22).

Conforme um indivíduo consome bebida alcoólica, na medida em que esse consumo aumenta, há o surgimento de sintomas prejudiciais para a condução de um veículo automotor. Dentre as alterações que podem ocorrer no motorista alcoolizado, as principais consequências são: comprometimento da saúde física e psicológica do condutor (alteração no comportamento e no nível de consciência); diminuição da capacidade de avaliação crítica e julgamento; prejuízo na capacidade de dividir atenção; comprometimento visual, dos reflexos e da visão periférica; diminuição da coordenação motora (habilidade de controlar o veículo); aumento do tempo de reação a uma dada situação (apud Alves, 2015, p. 32).

Todavia, apesar dos já conhecidos efeitos do álcool sobre o motorista, bem como o grande risco da combinação entre bebida e direção causar acidentes, ainda persiste no condutor brasileiro o hábito de pegar a estrada após beber. Conforme levantamento da Polícia Rodoviária Federal – PRF, em 2019, até o mês de setembro, somente nas rodovias federais de Santa Catarina, foram flagrados 6.220 motoristas dirigindo embriagados. O número já é maior que do ano de 2018 inteiro, quando foram autuados 5.205 nas mesmas condições (PRF, 2019a).

A embriaguez ao volante é uma das principais causas de mortes nas rodovias federais do país. [...] Santa Catarina sempre esteve nos primeiros lugares em número de acidentes, feridos e mortes nas rodovias federais do Brasil. Parte destes acidentes são causados por motoristas embriagados. Este ano, de 01/01 a 09/09, 11% dos acidentes (621 de 5.698 acidentes) e 10% das mortes (30 de 282 mortes) nas rodovias federais foram causados por embriaguez ao volante (BRASIL, 2019b).

Portanto os dados apontam que a embriaguez ao volante está presente no cotidiano do trânsito brasileiro, causando acidentes e mortes. Tal quadro exige, por sua vez, a atuação conjunta e integrada dos órgãos de trânsito, de saúde e também da sociedade civil, para que, além da fiscalização, sejam desenvolvidas ações educacionais destinadas à prevenção de acidentes causados pela ingestão

de bebida alcoólica, garantindo dessa forma um trânsito compatível com o direito à vida e à segurança.

3.3 A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO BRASILEIRA E SEU RECRUDESCIMENTO NO TOCANTE À CONDUÇÃO SOB EFEITO DE ÁLCOOL

Nos termos do o art. 1º do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, “O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código” (BRASIL, 1997). Portanto, de acordo com a disposição legal transcrita, tem-se que o CTB é a norma estabelecida para prever as disposições relativas ao trânsito. Nesse sentido, mister faz-se, para correta compreensão do seu âmbito de incidência e aplicação, entender-se o conceito de trânsito. Para isso, vale destacar o §1º do artigo supracitado, que diz: “Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.” (BRASIL, 1997).

Dessa forma, destaca Rizzardo (2008, p. 35-36) que a legislação de trânsito regulamenta não só o comportamento dos condutores de veículos, mas também disciplina as obrigações dos pedestres enquanto usuários das vias destinadas à circulação. Ainda, o Código vai além das situações em que os veículos estão se movimentando, orientando também as situações em que estão parados ou estacionados, o que demonstra a grande amplitude do código ao orientar o trânsito.

[...] Todos que se locomovem, seja simplesmente caminhando, seja por meio de veículos ou de animais, e mesmo servindo-se das vias para conduzir animais de um local para outro, estão abrangidos no conteúdo da Lei. Não interessa o tipo de via e a forma de utilização. A movimentação constitui o trânsito, independentemente da qualificação do local destinado ao deslocamento, e até por mais remotos, íngremes e afastados que sejam os pontos onde se dê a utilização. [...] Dentro da amplitude do §1º, compreende-se no termo trânsito, para efeitos de regulamentação, as movimentações de veículos, animais e pessoas isoladas ou em grupos. Não se desvincula de obrigações quem trafega sozinho por uma pista, onde não existe movimentação. Não lhe é facultado desrespeitar a sinalização e muito menos seguir na contramão da pista. A infração é de natureza formal e consuma-se independentemente do resultado material que poderia advir. Encontrando-se estacionados os veículos, incluem-se no âmbito da norma, dada a existência de disposições sobre o estacionamento e os locais para tanto destinados. Especialmente naqueles destinados ao transporte de cargas e de pessoas, os ditames são mais rígidos, cumprindo a sua observância. Lembra-se que não se restringe à circulação em si o conceito de trânsito. Abrange o corpo administrativo que cuida e trata da movimentação ou circulação dos veículos, ou o conjunto de ações e norma

dirigidas para a administração dos veículos enquanto se encontram nas vias. Nesse sentido não se diferencia bastante das repartições públicas, como Delegacia de Trânsito, ou Divisão de Trânsito (RIZZARDO, 2008, p. 35-36).

Como visto, atualmente cabe ao CTB disciplinar o trânsito no país. Todavia, Rizzardo (2008, p. 34) informa que a regulamentação de trânsito não é algo recente no Brasil, sendo que as primeiras previsões sobre a matéria iniciaram há mais de cem anos, destacando o autor que o Decreto 8.324 de 1910, ao trazer algumas regras relativas ao transporte de automóveis, foi o marco legislativo inicial do trânsito brasileiro.

Posteriormente, acompanhando a expansão nacional, foram promulgados os Decretos, 4.460 de 1922 e 5.141 de 1927 que trataram da construção de estradas e também limitaram a carga máxima permitida aos veículos para circulação nas vias. Já em 1928, através do Decreto 18.323, surgiu “[...] a primeira norma em forma de estatuto [...] disciplinando assuntos específicos de trânsito, como a circulação internacional de automóveis no território brasileiro, a sinalização, a segurança e a polícia nas estradas. [...]”. Todavia, somente na era Vargas quando da promulgação do Decreto-Lei 2.294 de 1941 foi que sobreveio a primeira legislação em forma de código, com todas as disposições compiladas e ordenadas em um único diploma, que logo foi substituído pelo Decreto-Lei 3.651 do mesmo ano, que por sua vez perdurou até 1966, quando a Lei 5.108, que instituiu o Código Nacional de Trânsito, passou a cuidar do tema (RIZZARDO, 2008, p. 34).

Após a redemocratização e com a promulgação da CRFB/1988, foi atribuída à União a competência privativa para legislar sobre o trânsito, o que deu origem a Lei 9.503 de 1997, intitulada como Código de Trânsito Brasileiro, legislação que substituiu o então vigente Código Nacional de Trânsito e passou a prever as normas gerais relativas ao trânsito (RIZZARDO, 2008, p. 34).

Pode-se ver pelo exposto que a legislação de trânsito no Brasil ocorre de forma evolutiva, tornando-se cada vez mais abrangente e relevante, conforme o passar do tempo e o aumento do uso de veículos diversos nas vias terrestres. Não é uma legislação resultante de decisões burocráticas, mas sim fruto da experiência e vivência dos problemas do dia a dia nacional relativos à circulação pelas vias públicas ou pelas que são a elas equiparadas (ALMEIDA SOBRINHO, 2012, p. 6).

Como mencionado, o atual Código de Trânsito foi criado sob a égide da chamada *Constituição Cidadã*, o que exige, por sua vez, a compatibilidade dos seus regramentos com os direitos fundamentais individuais e sociais constantes no rol da CRFB/1988. Dessa forma, é possível perceber a grande preocupação da legislação de trânsito com a segurança de seus usuários, garantindo dessa forma o respeito ao direito à vida, à saúde e à segurança (ALVES, 2015, p. 41).

Buscando, então, garantir um trânsito em condições seguras, bem como ciente do risco oferecido aos demais cidadãos pelo condutor que dirige sob o efeito de bebidas alcoólicas ou outras substâncias entorpecentes, o legislador tentou coibir tal conduta ao prever variadas punições àqueles que trafegassem nessas condições.

Constitui uma das mais graves causas de acidentes de trânsito a bebida alcoólica, sendo incontáveis as mortes provocadas por motoristas alcoolizados ou sob o efeito de substâncias tóxicas. Retratam os anais das delegacias de trânsito ocorrências de acidentes insólitos, como de veículos que se precipitam sobre pedestres que aguardam em paradas de ônibus, ou que caminham nas calçadas e locais a eles destinados (RIZZARDO, 2008, p. 379).

Nesse sentido, a redação original do Código de Trânsito Brasileiro tratou da questão de duas maneiras, podendo a conduta de dirigir sob efeito de álcool ou outra substância entorpecente ser considerada infração administrativa, nos termos da antiga redação do art. 165, ou então ser considerado crime de trânsito, conforme a previsão à época do art. 306 (BRASIL, 1997). Assim constava:

Art. 165. **Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue**, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir; Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação [...]

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, **sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem**: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 1997). (grifou-se)

Analisando-se a literalidade dos artigos citados, Alves (2015, p. 42) chama a atenção para a confusão entre a tipificação da infração administrativa e do crime de embriaguez ao volante, pois “[...] administrativamente pelo art. 165 do CTB, era tolerado a presença de até 6 decigramas de substância alcoólica por litro de sangue, independente de condução anormal causadora de dano potencial a outrem

[...]. Já para a configuração do crime do art. 306, não foi exigida qualquer quantidade mínima de álcool por litro de sangue, bastando que o condutor expusesse a risco a integridade dos demais.

Diante disso, poder-se-ia assimilar duas posições: a) se a presença do álcool ou substância no sangue não ultrapassar 6 decigramas por litro, não haverá o delito descrito no art. 306; 41 b) para ser enquadrado no art. 306, seria necessário apenas que o indivíduo, sob a influência de álcool, conduzisse o veículo automotor de maneira anormal, expondo dano potencial a outrem, não havendo um limite de álcool ou substância análoga por litro de sangue. Ou seja, caso um sujeito dirigisse, de maneira irregular, sob a influência de menos de 6 decigramas substância etílica por litro de sangue, configuraria crime. Seguindo esse raciocínio, não seria considerado crime quando um motorista dirigisse normalmente, mesmo que comprovado um teor alcoólico acima de 6 decigramas por litro de sangue. Diante dessas duas posições, identificou-se a divergência das definições do crime de embriaguez e da infração administrativa, artigos 306 e 165, respectivamente. O susto é maior quando se imagina uma situação em que um motorista dirigindo um veículo normalmente, mas com 6,1 decigramas de álcool por litro de sangue, responderia administrativamente e não pelo crime; ou, conduzindo de maneira anormal o veículo, mas possuindo 5 decigramas, estaria cometendo o crime e não a infração administrativa (ALVES, 2015, p. 42-43).

Portanto, da aplicação das normas é possível constatar a possibilidade de um condutor ter uma quantidade ínfima de álcool no sangue (o que em tese geraria um risco mínimo) e ser processado criminalmente por isso se dirigir de forma irregular, já aplicando a ele a sanção criminal (que é mais gravosa) de forma direta, quando na verdade, pelo princípio da *última ratio legis*, caberia ao direito penal somente a atuação como último recurso (ALVES, 2015, p. 43).

Da mesma forma, o condutor que apresentasse concentração altíssima de álcool, responderia apenas administrativamente, bastando que para isso conduzisse o veículo de forma regular, o que, por sua vez, é um requisito extremamente subjetivo na medida em que sua caracterização depende da convicção e interpretação do agente de trânsito, podendo ocorrer punições amplamente desproporcionais para infratores que estivessem na mesma condição, haja vista que a questão da forma como o motorista está conduzindo (que é subjetiva, como dito) acaba ganhando mais relevância, inclusive, do que a própria quantidade de bebida para diferencia a infração administrativa do crime. Logo, nota-se o possível descompasso entre a gravidade da conduta (concentração de álcool) e as sanções aplicáveis, além da excessiva subjetividade na caracterização dos delitos (ALVES, 2015, p. 43).

Além da desproporção, Sobrinho (2012, p. 434) diz que “O transcorrer do tempo revelou que essa fórmula não era suficiente para inibir a prática de dirigir embriagado ou pelo menos após haver ingerido álcool, e a realidade exigia uma modificação na legislação, tornando-a mais rigorosa.”. Ciente disso, o legislador editou a Lei nº 11.275 de 7 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do art. 165 do CTB para retirar a necessidade da presença de mais de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue para a caracterização da infração administrativa. Nos termos da nova legislação, estaria cometendo a infração de trânsito aquele condutor que estivesse dirigindo sob a influência de qualquer quantidade de álcool. Conforme a mudança, seria infração de acordo com o novel art. 165 “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.” (BRASIL, 2006).

Atualmente, em face da lei 11.275/2006, não importa mais o teor ou a quantidade de álcool encontrada no sangue. Desde que constatada a influência do álcool ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, caracteriza-se a infração. Como se percebe do dispositivo, o condutor deve dirigir sob a influência do álcool ou substância entorpecente. Diferente é a hipótese de se encontrar a existência de álcool ou substância entorpecente. Não havendo a influência, não se caracteriza a infração (RIZZARDO, 2006, p. 43).

Dessa forma, buscou-se evitar a anomalia do motorista com menos de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue que, dirigindo de forma anormal, cometeria diretamente o crime sem, contudo, configurar a infração administrativa. A partir da alteração, constatada a influência de bebida alcoólica, sempre estaria sendo cometida a infração administrativa, independentemente da quantidade. Contudo, caso o motorista colocasse em risco os demais ao dirigir, a punição seria maior, pois não se estaria mais diante da infração, mas sim do crime, que permaneceu inalterado. Nesse sentido, tornou-se mais proporcional a punição.

Ainda, Alves (2015, p. 44) lembra que também foi alterado pela referida lei o art. 277 do CTB, ampliando os meios de prova à disposição do agente de trânsito para a constatação da embriaguez. Se antes eram admitidos apenas “[...] testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado [...]” (BRASIL, 1997), passou o artigo a ter a seguinte redação:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir

sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos

§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor (BRASIL, 2006). (grifo nosso)

Portanto, passou-se a permitir que a autoridade de trânsito e seus agentes constatassem o consumo de álcool mesmo no caso de o motorista se recusar a passar pelos exames previstos no caput do art. 277, bastando que durante a abordagem fossem constatados os “notórios sinais de embriaguez”.

O §2º do art. 277, acrescido pela Lei 11275/2006, no mínimo enfraquecendo a disposição do caput, introduziu a possibilidade de a infração poder ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, feitas pelo agente de trânsito, que declarará acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecente. Com este ditame surge uma alternativa para suprir a negativa do condutor em realizar os exames, conduta esta, conforme acima visto, sufragada pelo Judiciário. De grande relevo a regra, vindo a ser uma forma de não deixar impunes os infratores (RIZZARDO, 2006, p. 549).

Regulamentando o tema, foi editada pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN a Resolução 206/2006, a qual disciplinava o procedimento previsto no art. 277, §2º do CTB. Com isso, buscou o legislador dar efetividade aos comandos do art. 165 e 306 do CTB, pois antes bastava o condutor recusar o teste para livrar-se da punição, nada podendo o agente de trânsito fazer a respeito. Assim, com a mudança, passou a ter o agente a possibilidade de constatar a embriaguez mesmo com a recusa do motorista (ALVES, 2015, p. 44-45).

É de se ressaltar que o artigo 277 abre o leque de exames e testes que podem ser realizados, indo desde o uso do etilômetro até o exame clínico, ampliando, portanto, significativamente as possibilidades de constatação da embriaguez. A variedade é bem maior que a prevista anteriormente, inclusive deixando em aberto a possibilidade do surgimento de novos métodos de constatação, desde que feita por equipamentos devidamente homologados pelo CONTRAN. O CONTRAN só homologa equipamentos que comprovadamente sejam eficazes nessa constatação (SOBRINHO, 2012, p. 634).

Vale lembrar também o equívoco do legislador ao não revogar naquele momento o art. 276 do CTB, que considerava inapto a dirigir o condutor com

concentração de álcool no sangue superior a 6 decigramas, o que era condizente com a redação original do art. 165. Além disso, tal quantidade era parâmetro para o agente realizar os testes de alcoolemia, pois o art. 277 do CTB determinava que quando houvesse suspeita do motorista exceder tal limite é que seriam feitos os testes. Todavia, com a mudança trazida, tornou-se sem efeito o art. 276, pois qualquer que fosse a concentração já estaria configurada a infração administrativa e presumida a incapacidade do condutor em dirigir, tanto é que como medida administrativa para tal infração recolhia-se a carteira de habilitação do abordado e exigia-se a apresentação de outro condutor não alcoolizado e apto a dirigir o veículo (ALVES, 2015, p. 44).

Buscando endurecer o tratamento ao condutor que dirige sob o efeito de bebidas alcoólicas, a Lei 11.705/2008 foi promulgada, conforme seu art. 1º, “[...] com a finalidade de estabelecer alcoolemia 0 (zero) e de impor penalidades mais severas para o condutor que dirigir sob a influência do álcool [...] (BRASIL, 2008) além de trazer outras mudanças destinadas à desincentivar e dificultar tal prática, como por exemplo por meio da proibição do art. 2º da comercialização de bebidas alcoólicas nas margens das rodovias federais.

Em relação à infração administrativa do art. 165 do CTB, a nova lei manteve a redação do *caput* quanto à ausência de um limite para a caracterização da infração, bem como sua classificação como gravíssima, além das medidas administrativas de retenção do veículo e recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, sendo que a principal mudança ocorreu na forma como tal delito era punido. Se antes a penalidade era de multa de cinco vezes e suspensão da habilitação, que podia variar de tempo, agora a referida suspensão passou a ser fixada em doze meses.

Além da pena de multa, o condutor é punido com suspensão do direito de dirigir, o que deverá ocorrer por exatos 12 meses, salvo se reincidente o condutor, quando então a pena será aplicada em dobro, como veremos em capítulo próprio. A pena de suspensão neste artigo é tratada de forma diferente das demais penas análogas, pois o texto legal fixa o tempo da suspensão em 12 meses, não deixando ao critério da autoridade de trânsito sua dosagem, como ocorre usualmente (SOBRINHO, 2012, p. 435).

Outra alteração pela qual passou o art. 165 do CTB foi a substituição no seu *caput* da expressão “[...] qualquer substância entorpecente ou que determine dependência [...]” (BRASIL, 2006) pela expressão “[...] qualquer outra substância

psicoativa que determine dependência [...]” (BRASIL, 2008), o que segundo Sobrinho (2012, p. 435) revela a intenção do legislador de tornar o termo mais amplo, possibilitando não só o enquadramento de substâncias ilícitas, mas também de substâncias lícitas com atuação sobre o sistema nervoso e que provoquem algum efeito prejudicial ao condutor. O art. 276 do CTB também não passou despercebido aos olhos da Lei 11.705/2008, destacando-se, nesse aspecto, a retificação para considerar que qualquer quantidade de álcool já bastaria para que o condutor fosse considerado inapto à dirigir.

No texto original do CTB, havia menção de que apenas com 6 ou mais decigramas de álcool por litro de sangue haveria a comprovação de que o condutor estaria impedido de dirigir o veículo automotor, sujeitando-o às medidas administrativas do art. 165. Com o advento da Lei Seca, a nova redação passou a ser “qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código”, além de estipular em seu parágrafo único que “órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos”. O Decreto nº 6.488/2008 regulamentou, provisoriamente em seu art. 1º,64 as margens de tolerância dos exames toxicológicos e do aparelho de ar alveolar, para os casos de infrações administrativas, além de delegar ao Contran a determinação das margens de tolerância de álcool no sangue para os casos específicos. Já em seu art. 2º esclareceu sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para fins criminais do art. 306, sendo 6dg álcool por litro de sangue ou 0,3mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões (ALVES, 2015, p. 49).

Quanto ao art. 277 do CTB, seu *caput* e §1º mantiveram-se inalterados, havendo mudança apenas no §2º, que, por sua vez, sofreu desmembramento em dois parágrafos:

§2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor

§3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo (BRASIL, 2008).

Percebe-se, portanto, que apesar da alteração na redação do §2º, seu conteúdo não foi alterado, sendo permitido ainda ao agente de trânsito constatar a embriaguez por outros meios que não o teste do etilômetro. Ressalta Sobrinho (2012, p. 635) quanto à forma de aplicação de tal previsão:

Nesse caso, é bom ressaltar que não basta a convicção pessoal do agente, mas deve ser providenciada a documentação da constatação por meio da elaboração de auto próprio onde se descreverão pormenorizadamente as

condições determinantes verificadas por ele para chegar à conclusão. De preferência, o auto deverá conter a assinatura do agente fiscalizador e de mais um que tenha presenciado o ato, assemelhando-se aos Autos Periciais feitos para efeito da apuração de crime. Isso dará maior credibilidade ao documento e melhores condições para julgamento da autoridade que irá aplicar a penalidade.

A grande novidade, foi, portanto, a inserção do §3º que passou a prever a aplicação imediata das penalidades e medidas administrativas do art. 165 do CTB ao condutor que recusasse se submeter aos testes, dispensando o agente de constatar os sinais de embriaguez e descrevê-los no Auto de Constatação de Embriaguez (BRASIL, 2008).

Dessa forma, retirou-se do condutor a possibilidade de não realizar o teste do bafômetro na medida em que a simples recusa já ensejaria a punição. Nesse ponto, é infeliz a norma, pois ao mesmo tempo que possibilita a verificação da embriaguez por diversas formas que não somente o teste do etilômetro, obriga o condutor a realizar aquele teste determinado pelo agente de trânsito, sem escolha ao fiscalizado. Ora, se a constatação da embriaguez pode ocorrer de diversas maneiras, por qual motivo obrigar-se-ia o motorista a se sujeitar tão somente ao teste oferecido pelo agente? Ademais, inverteu-se o ônus da prova: se antes era presumida a sobriedade do condutor e delegado ao agente de trânsito o ônus de provar sua embriaguez, passou a ser presumida a embriaguez pela simples recusa do motorista ao teste (ALVES, 2015, p.49-50).

Outra alteração de profundo impacto deu-se no art. 306 do CTB, que passou a prever como elemento do tipo penal a concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue. Portanto, para a caracterização do crime não mais importava a forma como o motorista conduzisse o veículo ou o risco sofrido pelas demais pessoas, mas sim a concentração alcoólica. Apesar de trazer mais objetividade ao tipo penal, a norma acabou por dificultar, na prática, a sua aplicação (ALVES, 2015, p. 53).

Após a redação da Lei Seca de 2008, apenas a constatação da “influência” ou a própria “embriaguez” do condutor por outros meios de prova ou até mesmo pelo exame clínico, não seria mais suficiente para configurar o crime de trânsito,⁸² sendo necessário, para certificação da embriaguez, que fosse constatado uma medição no motorista de ao menos 6dg de álcool por litro de sangue. [...] Com tal regulamentação, sem muito esforço percebe-se a dificuldade em tornar o art. 306 do CTB funcional, já que a dificuldade da autoridade de trânsito obter uma prisão em flagrante ou comprovar a taxa de alcoolemia, que tornou-se elemento típico, só aconteceria se o próprio condutor aceitasse, livremente, submeter-se a algum dos testes (exame de

sangue ou etilômetro), mesmo não sendo obrigado a produzir prova contra si mesmo (princípio da não- autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere*) A lei foi tão falha nessa questão que surgiram trabalhos com o intuito de “salvar” essa anomalia legal, sendo exemplo disso o parecer de Rogério Schietti Machado Cruz, Procurador de Justiça do Distrito Federal, ao apontar que o intuito da Lei Seca foi o de intensificar o combate ao crime de embriaguez dando um tratamento legal mais rígido a matéria e por isso a recusa do condutor em não produzir prova contra si não deveria ser motivo para exclusão do crime já que o exame clínico feito por médico legista seria suficiente para comprovar a embriaguez do motorista, mesmo a lei mencionando a taxa 6dg/l como elementar do tipo.⁸⁴ Compreendendo o intuito do Procurador em demonstrar que a “interpretação dos textos legais deve pautar-se pelo objetivo de conferir-lhes efetividade e preservar a intenção do legislador” que era a de “recrudescer o tratamento administrativo e penal da embriaguez ao volante”,⁸⁵ existem autores que discordam sobre essa interpretação da redação do art. 306 da Lei nº11.705/08 (ALVES, 2015, p. 54-55).

Ao analisar a questão, o Superior Tribunal de Justiça em acórdão de Recurso Repetitivo rechaçou qualquer hipótese de interpretação extensiva do art. 306 do CTB sob pena de violação dos direitos fundamentais, entendendo ainda que qualquer ampliação ou alteração no sentido da norma caberia somente ao Poder Legislativo no exercício de sua função típica.

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. [...] 2. Em nome de adequar-se à lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando- o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. [...] 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º,

inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (grifo do autor) (STJ, 2012).

Com o advento da Lei nº 12.760/2012, popularmente conhecida como a “Nova Lei Seca”, novas alterações foram produzidas nos artigos do CTB que tratavam da condução sob efeito de álcool. No art. 165, a mudança ocorreu na multa cominada ao condutor, que passou de cinco para dez vezes. Mudanças pontuais também ocorreram no art. 277, com a revogação do seu 1º, por ter se tornado inócuo, e com a nova redação do §2º, portanto sem haver uma novidade efetiva, sendo que apenas a literalidade da norma foi aprimorada (ALVES, 2015, p. 61-63).

A grande inovação deu-se no art. 306 para corrigir a deficiência na sua caracterização dada pela última alteração e, com isso, conferir à tal norma uma aplicabilidade e eficácia maior. Dessa forma, foi o *caput* do artigo e seus parágrafos alterados, passando a constar o seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, nota-se que a partir da nova lei foi dispensada a concentração de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue como requisito para a incidência da norma penal, bastando, para isso, que o condutor estivesse sob a influência da bebida alcoólica. A referida concentração, antes elemento do tipo penal, passou a ser apenas uma das formas para a comprovação da ingestão do álcool. Ainda, foi possibilitada a aplicação do art. 306 desde que constatados os sinais de embriaguez, conforme disciplinado pelo CONTRAN, daí a razão pela qual se afirma que a concentração de 0,6 decigramas não mais seria necessária, mas apenas uma das formas pela qual se caracterizaria o crime. Constatada a concentração igual ou superior a 0,6 decigramas ou outros sinais de embriaguez, caracterizado estaria o crime do art. 306 do CTB (ALVES, 2015, p. 64).

O §1º, I e II, tratam dos meios de se averiguar a alteração da capacidade psicomotora do condutor. Como os incisos estão conectados com a conjunção alternativa “ou”, para validade da constatação não é necessário que os métodos dos dois incisos indiquem o crime, bastando apenas um deles.¹¹⁷ No inciso I o legislador manteve a antiga sistemática da primeira Lei Seca ao descrever que a “concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar”, enquanto que no inciso II houve mudança, já que apenas a apresentação de certos “sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora” por parte do condutor seria suficiente para imputar o crime de embriaguez ao volante. Como é presumido que o condutor esteja com a capacidade psicomotora alterada ao alcançar esse índice no momento da realização do exame ou teste, o inciso I trata o crime como de perigo abstrato, não modificando em nada a forma como o crime era tratado com a lei anterior. Sabe-se que não existe previsão legal quantificando taxas específicas, no caso de substâncias psicoativas, para saber a partir de qual índice há alteração da capacidade psicomotora, sendo único meio para comprovar tal alteração por parte dessas substâncias o exame clínico. Diante disso, o inciso II seria para comprovar os “sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora”¹¹⁸ tanto no caso da ingestão de álcool quanto no caso do uso de substância psicoativa que cause dependência. Este inciso pressupõe que o indivíduo, ao apresentar esses sinais, não estaria apto a dirigir, mesmo que não tenha cometido qualquer anormalidade na condução do veículo, não deixando de ser uma forma antecipada de punição do condutor, porém exigindo um perigo concreto maior do que o inciso I que se limita apenas a um critério quantitativo. Todavia, como será observado mais adiante, há discussão na definição do que seria “alteração da capacidade psicomotora”, se apenas o conjunto de sinais seria suficiente para enquadrar o condutor no crime de trânsito ou se além dos sinais deveria haver alguma condução anormal do motorista, demonstrando efetivamente que ele está sendo influenciado pelo álcool ou outra substância psicoativa e que isso estaria interferindo na boa condução do veículo. Portanto, caso o motorista recuse submeter-se a exames de sangue ou ao etilômetro, a autoridade ainda poderá utilizar o exame clínico feito por um médico-legista, como trata o inciso II, §1º do art. 306, CTB (ALVES, 2015, p. 64-65).

Inobstante todos esses comandos legais destinados a punir o condutor que insistisse em conduzir sob efeito de álcool, a *práxis* acabou mostrando a dificuldade em responsabilizar o motorista abordado em fiscalização de trânsito que recusasse se submeter ao teste do etilômetro, na forma como desejou o legislador. Ainda que houvesse a previsão do art. 277, §3º de aplicação das penalidades do art. 165 do CTB, a jurisprudência entendia não ser possível a punição tão somente pelo fato de o condutor recusar o teste:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. TESTE DO BAFÔMETRO. RECUSA. NECESSIDADE DE OUTROS MEIOS DE PROVA. ANULAÇÃO. - O art. 277 do CTB dispõe que a verificação do estado de embriaguez, ao menos para cominação de penalidade administrativa, pode ser feita por outros meios de prova que não o teste do etilômetro. A despeito das discussões acerca do art. 277, §3º, CTB, a jurisprudência exige que a embriaguez esteja demonstrada por outros meios de prova, não podendo ser decorrência automática da recusa em realizar o teste. - Hipótese em que embora o agente de trânsito tenha

feito referência no auto de infração e no boletim de ocorrência a que o demandado apresentaria sinais de embriaguez, não preencheu o termo de constatação ou fez constar no auto de infração ou no próprio boletim de ocorrência qualquer das informações acima referidas. Ao contrário de outras irregularidades suscitadas pela parte autora, a falta de exame, teste, perícia ou termo de constatação que aponte a embriaguez do autor constitui falta grave e insanável, que diz respeito à própria prova da materialidade do ato infracional e cuja ausência torna insubsistente o auto de infração (TRF-4, 2015).

Segundo o entendimento dos tribunais pátrios, para a devida aplicação das sanções do art. 165 do CTB pela recusa, não bastaria apenas a negativa do condutor em realizar o teste, sendo necessário também para tal que o agente de trânsito constataste sinais de embriaguez na forma disciplinada pela Resolução 432/2013 do CONTRAN.

ART. 165 DO CTB. DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. NÃO REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO PELO AGENTE DE SINAIS EXTERNOS DE EMBRIAGUEZ. ANULAÇÃO DO AIT. POSSIBILIDADE. Infere-se da análise da documentação acostada aos autos que não foram observados os requisitos legais para lavratura do auto de infração, mais precisamente no tocante à constatação de o recorrido estar efetivamente sob a influência de bebida alcoólica. A parte ré não acostou aos autos o competente “Termo de Registro da Aferição do Condutor”, documento este que, à ausência da descrição no auto de infração das informações mínimas indicadas no anexo da Resolução nº 432/13, do DENATRAN, possibilita informar dados que atestem os sinais de embriaguez. Resta, portanto, anulada a autuação de trânsito pela prática da infração do art. 165 do CTB (dirigir sob a influência de álcool) e seus efeitos, como processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Não prospera, todavia, o pleito de repetição do valor da multa, porquanto ausente comprovação de que esta tenha sido adimplida pelo autor, o qual era apenas o condutor do veículo. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJRS, 2018).

Ao julgar Recurso Especial interposto de Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão monocrática do Ministro Sérgio Kukina, firmou o mesmo entendimento manifestado pelo tribunal a quo de que a responsabilização deveria ocorrer somente quando feita a prova indireta da embriaguez:

Trata-se de recurso especial manejado pelo Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro - DETRAN/RJ com fundamento no art. 105, III, a, da CRFB/1988, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fl. 200): APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRANSITO. RECUSA EM REALIZAR TESTE DE ALCOOLEMIA (BAFÔMETRO). APLICAÇÃO DE MULTA E DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR. SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA. IRRESIGNAÇÃO DO IMPETRANTE.

VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA EMBRIAGUEZ. CONCESSÃO DA ORDEM. O impetrante foi autuado em fiscalização conhecida como Lei Seca por estar conduzindo veículo e ter-se negado à realização do teste de alcoolemia. Denegada a segurança, sob o fundamento de não haver nos autos qualquer prova capaz de elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que gozam os atos administrativos, apelou o autor. A recusa em submeter-se ao teste do bafômetro não implica, por si só, em inexorável reconhecimento de estado de embriaguez, sob pena de violação da vedação a autoincriminação, do direito ao silêncio, da ampla defesa e do princípio da presunção de inocência. Se o indivíduo não pode ser compelido a se autoincriminar, nemo tenetur se detegere, não pode ser obrigado a efetuar o referido teste do bafômetro, competindo à autoridade fiscalizadora provar a embriaguez por outros meios a fim de aplicar as sanções previstas pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Não há qualquer menção sequer a tentativa de realização de prova indireta que pudesse atestar o estado de ebriedade do condutor no momento da abordagem. Imperiosa é a concessão da segurança em favor do impetrante, ora recorrente, a fim de anular o auto de infração de que trata este writ, cancelando as penalidades dele provenientes. CONCESSÃO DA ORDEM. RECURSO CONHECIDO e PROVIDO. A parte recorrente aponta violação ao art. 277, § 3º, do CTB. Sustenta que a legislação de trânsito prevê que a simples recusa à realização do teste do etilômetro, por si só, já justifica a lavratura do auto de infração aplicação da penalidade de multa, suspensão do direito de dirigir e frequência em curso de reciclagem para condutores infratores. O MPF opinou pelo não conhecimento ou desprovimento do recurso especial (fls. 276/280). É o relatório. A irresignação não merece acolhida. Com efeito, na hipótese vertente, o Tribunal de origem reconheceu a nulidade da infração lavrada em face do autor da ação, pelos seguintes fundamentos (fls. 203/205): A recusa em submeter-se ao teste do etilômetro não implica, por si só, em inexorável reconhecimento de estado de embriaguez, sob pena de violação a vedação à autoincriminação, ao direito ao silêncio, à ampla defesa e ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, II, LIV2, LV3, LVII4 e LXIII5, da CRFB/88; art. 8, 2, g6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e art. 14, 3, g7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Se o indivíduo não pode ser compelido a se autoincriminar, nemo tenetur se detegere, não pode ser obrigado a efetuar o teste do bafômetro, competindo à autoridade fiscalizadora provar a embriaguez a fim de aplicar as sanções previstas pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro através dos mecanismos dispostos pelo artigo 277 do mesmo diploma. Cabe esclarecer que o auto de infração remetia diretamente ao supracitado artigo 165, cujo núcleo é a direção de veículo sob a influência de álcool (código 516-91). Portanto, na ausência do teste de alcoolemia, cabia à autoridade de trânsito a produção de prova do suposto estado de embriaguez do ora recorrente por meios diversos, tais como o exame pericial, a comprovação testemunhal ou, até mesmo, a descrição do estado físico e mental do abordado. No entanto, não há qualquer menção sequer à tentativa de realização de prova indireta que pudesse atestar o estado de ebriedade do condutor no momento da abordagem. (...) Não obstante o disposto na resolução, os agentes públicos permaneceram omissos no cumprimento dos parâmetros supracitados, inexistindo qualquer documentação com as informações acerca de sinais resultantes do consumo de álcool. Por certo, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos não pode provocar a presunção da culpa do impetrante e se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, como a presunção da inocência. Destarte, imperiosa é a concessão da segurança em favor do impetrante, ora recorrente, a fim de anular o auto de infração de que trata este writ. Confirmam-se, por todos, os seguintes julgados deste Tribunal de Justiça: Como se percebe, o Tribunal a quo, soberano no reexame de todos os elementos que instruem os autos, concluiu, que não há qualquer menção

sequer à tentativa de realização de prova indireta que pudesse atestar o estado de ebriedade do condutor no momento da abordagem. Ante o exposto, não conheço do recurso especial (STJ, 2018).

No parecer de nº 236/2018, de lavra do Subprocurador-Geral da República Brasileiro Pereira dos Santos, que instruiu o referido Recurso Especial, o Ministério Público Federal – MPF apontou no mesmo sentido:

Temos que a pretensão do Recorrente não merece ser acolhida, conforme os motivos a seguir expostos. A controvérsia em análise versa sobre a consequência administrativa da recusa do condutor de veículo automotor a se submeter ao teste, vulgarmente denominado bafômetro, que permita constatar a ingerência de álcool ou outra substância psicoativa. Conforme bem ressaltou o Tribunal a quo “a recusa em submeter-se ao teste do etilômetro não implica, por si só, em reconhecimento de estado de embriaguez, sob pena de violação à vedação à autoincriminação, ao direito ao silêncio, à ampla defesa e ao princípio da presunção de inocência” (fl. 203). [...] Além disso, se o indivíduo não pode ser compelido a se autoincriminar, nemo tenetur se detegere, não pode ser obrigado a efetuar o teste do bafômetro, competindo à autoridade fiscalizadora provar a embriaguez a fim de aplicar as sanções previstas pelo art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro através dos mecanismos dispostos pelo artigo 277 do mesmo diploma [...] Cabe esclarecer que o auto de infração remete diretamente ao supracitado artigo 165, cujo núcleo é a direção de veículo sob a influência de álcool. Portanto, na ausência do teste de alcoolemia, caberia à autoridade de trânsito a produção de outras provas do suposto estado de embriaguez do ora recorrido por meios diversos, tais como o exame pericial, a comprovação testemunhal ou, até mesmo, a descrição do estado físico e mental do abordado. No entanto, não há qualquer menção sequer à tentativa de realização de prova indireta que pudesse atestar o pretense estado de ebriedade do condutor no momento da abordagem. [...] Por fim, não obstante o disposto na resolução, os agentes públicos permaneceram omissos no cumprimento dos parâmetros supracitados, inexistindo qualquer documentação com as informações acerca de sinais resultantes do consumo de álcool. Por certo, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos não pode provocar a presunção da culpa do impetrante e se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais, como a presunção da inocência. (MPF, 2018).

Ao lavrar os Autos de Infração de Trânsito – AITs pela recusa, em muitos casos a autoridade de trânsito simplesmente mencionava a recusa do condutor, sem constar, no entanto, qualquer sinal de embriaguez. Tal situação, quando levada à julgamento, seja na esfera administrativa, seja na via judicial, acaba ensejando a invalidação do AIT, saindo o condutor abordado sem qualquer tipo de sanção ou responsabilidade pelo fato.

RECURSO INOMINADO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ART. 165 DO CTB (RECUSA). DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. NÃO REALIZAÇÃO DO TESTE DO ETILÔMETRO. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO PELO AGENTE DE SINAIS EXTERNOS DE EMBRIAGUEZ. ANULAÇÃO DO AIT. POSSIBILIDADE. Infere-se da análise da documentação acostada

aos autos que não foram observados os requisitos legais para lavratura do auto de infração, mais precisamente no tocante à constatação de o recorrido estar efetivamente sob a influência de bebida alcoólica. A parte ré não acostou aos autos o competente “Termo de Registro da Aferição do Condutor”, documento este que, à ausência da descrição no auto de infração das informações mínimas indicadas no anexo da Resolução nº 432/13, do DENATRAN, possibilita informar dados que atestem os sinais de embriaguez. Resta, portanto, anulada a autuação de trânsito pela prática da infração do art. 165 do CTB (dirigir sob a influência de álcool) e seus efeitos, como processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Não prospera, todavia, o pleito de repetição do valor da multa, porquanto ausente comprovação de que esta tenha sido adimplida pelo autor, que não é proprietário do veículo. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA (TJRS, 2019a).

Diante desse quadro de impunidade ao condutor que recusasse se submeter ao teste do etilômetro, foi editada a Lei 13.281/2016, que, dentre as diversas alterações feitas no Código de Trânsito, inseriu o art 165-A, passando a prever a infração específica e autônoma de recusa ao teste do etilômetro. (BRASIL, 2016)

Art. 165-A . Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses (BRASIL, 2016).

A partir da alteração legislativa de 2016, os tribunais passaram a considerar que não mais seria relevante para a autuação pela recusa em se submeter ao teste do etilômetro a presença de sinais de embriaguez no condutor, bastando a simples recusa para sujeitar o motorista às punições de multa de dez vezes e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses, da mesma forma que aqueles autuados com fulcro no antigo art. 165 do CTB por estarem efetivamente conduzindo sob o efeito de álcool.

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. TESTE DO BAFÔMETRO. RECUSA. ART. 165-A DO CTB. INFRAÇÃO AUTÔNOMA. SIMPLES RECUSA. DEMONSTRAÇÃO DE EMBRIAGUEZ. DESNECESSÁRIA. O art. 165-A ao CTB descreve a infração de recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277, constituindo em infração autônoma de simples recusa, sendo desnecessária a constatação de sinais, indícios ou suspeita de embriaguez. (TRF-4, 2019b)

RECURSO INOMINADO. DETRAN. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ART. 165-A DO CTB. RECUSA AO “TESTE DO BAFÔMETRO”. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA. SENTENÇA DE REFORMADA. O art. 165-A, do Código de Trânsito Brasileiro prevê, expressamente, que ao condutor que se recusar a realizar o teste do bafômetro, exame clínico, perícia ou outro exame que permita certificar seu estado clínico, terá suspenso o direito de dirigir por 12 meses. Frisa-se que o art. 165-A não exige, para a autuação, sinais de embriaguez, bastando, tão-somente, a recusa do agente a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no art. 277, caput, do CTB, caracterizando uma infração de mera conduta (dever instrumental de fazer). Logo, não prospera o recurso, devendo ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos (art. 46, segunda parte, da Lei nº 9.099/95. RECURSO INOMINADO PROVIDO (TJRS, 2019b).

Nesse sentido, apesar da efetividade trazida ao combate da embriaguez ao volante, objetivo buscado desde a elaboração do Código de Trânsito Brasileiro em 1997, acirram-se os debates no âmbito jurídico acerca de (in) constitucionalidade da punição aos condutores que não se submetessem ao teste do etilômetro, ao passo que estavam sendo sancionados com o mesmo rigor em relação aos motoristas que tivessem a embriaguez constatada pelo bafômetro ou então por alguma outra forma de aferição mencionada pelo art. 277 do CTB. Poderia o exercício de um direito constitucionalmente resguardado ensejar uma reprimenda tão severa?

4 A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4 SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 165-A DO CTB À LUZ DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO.

Foi visto no capítulo anterior que o Código de Trânsito Brasileiro vem sendo modificado desde a sua entrada em vigor para endurecer a punição do motorista que dirige sob o efeito de álcool e com isso coibir essa prática, seja por meio de sanções administrativas ou penais. Apesar da mera recusa ao teste do etilômetro ser passível de punição administrativa desde 2008, pela análise combinada do então art. 277, §3º do CTB com o art. 165 do CTB (BRASIL, 2008), a jurisprudência mostrou na prática a dificuldade em tornar tal previsão efetiva, sendo que muitos Autos de Infração de Trânsito lavrados em virtude dessa conduta acabavam sendo anulados judicialmente. Para os tribunais, a simples recusa não bastava para enquadrar o condutor nas medidas então previstas.

Todavia, o número alarmante de acidentes de trânsito continuava preocupando as autoridades, que por sua vez tinham o dever de garantir um trânsito em condições seguras e também reduzir o número de acidentes, especialmente aqueles causados pela combinação de álcool e direção. Diante dessa necessidade, foi editada a Lei 13.281/2016 (BRASIL, 2016), que passou a prever a infração específica e autônoma de recusa aos testes destinados a verificar a presença de substâncias psicoativas no condutor. Agora, não mais seria necessário que o agente de trânsito lavrasse Auto de Constatação descrevendo os sinais de embriaguez na forma determinada pelo CONTRAN, bastando a mera recusa para o enquadramento na nova infração, entendimento confirmado pelos tribunais. Contudo, reascendeu-se uma discussão: haveria violação ao princípio da vedação a auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere*)?

Dessa forma, o objetivo desse capítulo é estudar o controle de constitucionalidade, suas características e formas, bem como os instrumentos jurídicos disponíveis para o seu exercício. Analisar-se-á também o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 acerca da constitucionalidade do novel art. 165-A do CTB (BRASIL, 2016) em face do princípio da não auto-incriminação e por fim a aplicação desse princípio da seara administrativa.

4.1 AS AÇÕES E MECANISMOS JUDICIAIS CABÍVEIS PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DE NORMAS INCONSTITUCIONAIS

José Afonso da Silva (2014, p. 47-48) leciona que a Constituição Federal de 1988 é classificada como rígida e as suas alterações são, portanto, mais dificultosas quando comparadas às mudanças nas leis infraconstitucionais. Dessa premissa decorrem consequências importantes ao ordenamento jurídico enquanto entendido como um sistema integrado e harmônico de normas. A principal delas seria, nesse diapasão, a colocação da CFRB/1988 em posição hierarquicamente superior em relação às demais normas, consagrando o *princípio da supremacia da constituição*. Conforme Siqueira Jr (2017, p. 112) esse “[...] processo de elaboração e mais dificultoso ou solene[...]” das Constituições, denominado rigidez constitucional, identifica-se como sendo a *supremacia formal* do texto maior. “A consequência lógica da rigidez constitucional é a supremacia constitucional.”

Um dos critérios para diferenciar as leis ordinárias das leis constitucionais encontra-se nos processos de elaboração da norma. Assim, se as normas apresentam procedimentos de elaboração idênticos, estamos diante de normas de mesmo valor, ao passo que, se os procedimentos de elaboração forem distintos, verificaremos a existência de norma de valor diferente. [...] A existência de um processo mais dificultoso para a elaboração de leis constitucionais configura-as como norma de hierarquia superior. (SIQUEIRA JR, 2017, p. 107-108)

As constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos, etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da “superlegalidade constitucional”, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania (BONAVIDES, 2004, p. 296-297).

Ainda, outro fator distintivo da superioridade das Constituições em relação às normas ordinárias é o conteúdo material abarcado no texto constitucional. Expõe Siqueira Jr (2017, p. 105-106) que cabe às Constituições organizarem o exercício do poder político por meio da criação de entes e instituições aos quais são distribuídas competências administrativas e legislativas, regulamentando e disciplinando tal poder. Também incumbe à Constituição positivar na ordem jurídica de um Estado

Democrático aqueles direitos fundamentais que comporão o núcleo básico de proteção do indivíduo e serão observados obrigatoriamente pelo Poder Público, seja na prática de um ato administrativo ou na elaboração de uma nova lei. A supremacia material das Constituições decorre, portanto, do conteúdo ventilado nos seus textos.

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (SILVA, 2014, p. 47).

Nesse ponto, Siqueira Jr. (2017, p. 108-109) esclarece que embora a rigidez seja uma traço característico da supremacia da Constituição, não é o único, haja vista que o conteúdo material de caráter fundamental, presente tanto nas rígidas como nas flexíveis, também se constitui como elemento identificador da superioridade hierárquica constitucional.

Para Bonavides (2004, p. 296) pode-se também entender a supremacia constitucional pela distinção entre “[...] poder constituinte e poderes constituídos.” Dessa forma, a norma constitucional, enquanto obra do poder constituinte, que é superior, sobrepor-se-ia à lei ordinária e infraconstitucional, já que esta é advinda do poder constituído, que por sua vez é outorgado pelo poder constituinte. Nesse sentido, seria o poder constituído inferior em relação ao constituinte, pois sua margem de competência é limitada por este último, o que importa em verdadeira restrição, pois não pode legislar de forma a contrariar aquilo estabelecido pelo seu outorgante nem sobrepor-se a ele.

Nesse sentido, pelo que foi apontado, contata-se que as Constituições ocupam posição privilegiada, estando no ponto mais alto da pirâmide do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, servindo como parâmetro para a atividade legislativa e administrativa desenvolvida pelo Poder Público.

A supremacia ou superioridade é uma característica inerente da Constituição. O sistema jurídico hierarquizado é pressuposto necessário para a supremacia constitucional. Conforme afirmamos, vislumbra-se a existência de um escalonamento normativo, visto que a Constituição é norma de maior hierarquia dentro do sistema jurídico, sendo denominada norma suprema, norma fundamental, pode dela surgir a unidade e a validade de todas as normas jurídicas que compõem o sistema. O texto constitucional é a matriz ideológica do sistema jurídico, representando os

fatores e os valores da sociedade. É um atributo de valores, por isso é suprema (SIQUEIRA JR, 2017, p. 105-106).

Conforme Siqueira Jr. (2017, p. 95), em razão da enorme relevância e supremacia hierárquica da Constituição, seja pelo seu aspecto material, seja pelo seu aspecto formal, impera a necessidade de os comandos normativos situados abaixo dela estarem em plena consonância com os seus ditames, garantindo-se dessa forma a harmonia do ordenamento jurídico e o respeito aos princípios e regras constitucionalmente previstos. Todavia, ressalva o autor que “A existência de um documento escrito que traz em seu bojo a organização política de um Estado Democrático não é suficiente [...]. Faz-se necessária a previsão de institutos asseguradores [...]” de forma a repelir da ordem jurídica qualquer ofensa à Constituição por aqueles que detêm o poder político.

Nesse contexto insere-se o controle de constitucionalidade, assim entendido como o mecanismo por meio do qual se faz a análise da compatibilidade dos atos normativos em relação à Constituição, buscando “[...] oferecer harmonia e unidade a todo o sistema jurídico.” e impedir que normas inconstitucionais vigorem dentro do Estado de Direito. (SIQUEIRA JR., 2017, p. 96-97). Para Silva (2014, p. 48) o controle de constitucionalidade revela sua importância na medida em que “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição.”. Já Bonavides (2004, p. 297) destaca que “[...] sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã [...]”.

O controle de constitucionalidade surge a partir da existência de um sistema jurídico complexo e hierarquizado, que possua uma Constituição rígida e superior sobre todo o ordenamento jurídico. Segundo nosso entendimento, o controle da constitucionalidade é uma arma contra os ataques aos direitos consagrados no texto constitucional. Assim, o controle de constitucionalidade configura-se no Estado de Direito como um importante meio para a preservação e garantia das liberdades públicas. É um instrumento político de controle de normas, tendo por finalidade a defesa da Constituição, com a conseqüente reafirmação da democracia, que exige a legalidade e a legitimidade como consectário lógico do poder estatal (SIQUEIRA JR, 2017, p. 96).

Quanto às inconstitucionalidades, Silva (2014, p. 49) ensina que podem ser classificadas quanto ao modo como ocorrem, havendo as que se dão por ação e por omissão. Nesse particular, as inconstitucionalidades por omissão, como o nome sugere, ocorrerão caso não “[...] sejam praticados atos legislativos ou administrativos

requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais.” pois negarão efetividade aos ditames imperativos da CFRB/1988.

Determinadas normas constitucionais impõem ao legislador o dever de regulamentá-las. Valem-se de expressões como “conforme definido em lei” para evidenciar que necessitam de complementação infraconstitucional. Tanto as normas constitucionais ditas de “organização” – como a do art. 178, que afirma que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre” –, quanto as normas que propriamente definem direitos – como a do art. 7.º, XI, que diz que “são direitos dos trabalhadores (...), além de outros (...), participação nos lucros, ou resultados, (...) conforme definido em lei” –, dão origem a casos de omissão inconstitucional diante da inação do legislador (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 1033).

Já as inconstitucionalidades por ação são aquelas que decorrem da “[...] produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição.” (SILVA, 2014, p. 49). Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 1033) “[...] na inconstitucionalidade por ação o juiz vê a inconstitucionalidade no próprio produto do legislador, elaborado em dissonância com o texto constitucional [...]”, sendo para o autor a forma mais “[...] tradicional e conhecida de inconstitucionalidade.”

O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a compatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos, etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público [...] (SILVA, 2014, p. 49).

Dentro da inconstitucionalidade por ação, Silva (2014, p. 49) ainda identifica que o fundamento da violação constitucional pode ser de ordem formal, quando as normas ordinárias emanam de autoridades incompetentes para tal ou são produzidas em “[...] desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição [...]”, ou então de ordem material, assim entendida quando “[...] o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.”. Sobre o vício formal, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 1022) destaca:

A produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais imprescindíveis para que seja constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos primários – previstos no art. 59 da CF – devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para a sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional. A inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, o qual pode estar na violação de regra de competência ou na desconsideração de requisito procedimental. O procedimento para a produção de lei ordinária e de lei complementar compreende iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. O art. 22 outorga competência privativa para a União legislar sobre determinados assuntos, arrolados em seus incisos. Há vício de competência quando a Assembleia Legislativa Estadual edita norma em matéria da competência da União, legislando, por exemplo, sobre direito processual. De outra parte, a Constituição também confere iniciativa privativa, em relação a certos temas, a determinados órgãos públicos. Isso quer dizer que, no que toca a certo tema, a iniciativa de apresentação de projeto de lei, ou seja, a incoação do processo de produção da lei, pode ser privativa de determinado órgão ou agente público. Assim, o art. 93 afirma que “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura”. Fora daí, há vício de iniciativa, de modo que um senador não pode apresentar projeto de lei para modificar o Estatuto da Magistratura.

No tocante às inconstitucionalidades materiais, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 1028) propõem que a liberdade do legislador fica limitada pela necessidade de compatibilidade entre os mandamentos legais e os preceitos constitucionais, devendo ainda observar a proporcionalidade para não exceder “[...] o limite necessário à tutela dos fins almejados pela norma constitucional.

Como mencionado, a hierarquia constitucional exige a aplicação do controle de constitucionalidade para expurgar do ordenamento jurídico as normas que se revelem incompatíveis com a CF/1988. Por sua vez, o controle pode ser entendido sob o aspecto material e formal, seguindo a mesma lógica anteriormente apresentada. Nesse diapasão, o controle formal, segundo Bonavides (2004, p. 296), é aquele de caráter estritamente técnico, destinado única e exclusivamente a analisar o procedimento, sendo por isso um controle mais objetivo e relativamente fácil, na medida em que não desperta grandes controvérsias.

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente jurídico. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais

respectivos, com sói acontecer nos sistemas de organização federativa de Estado (BONAVIDES, 2004, p. 297).

De outro norte, o controle material, segundo Bonavides (2004, p. 299) é aquele destinado a analisar o conteúdo da norma e sua compatibilidade com os ditames supremos, revestindo-se, por isso, de alto grau de subjetividade ao passo que para seu exercício torna-se necessária a interpretação dos princípios e direitos expressos na Constituição, bem como sua amplitude, em verdadeira análise político-filosófica para determinar o alcance das previsões da CFRB/1988.

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial (BONAVIDES, 2004, p. 299).

Pode também o controle de constitucionalidade ser visto sob a ótica de quem o exerce, havendo o sistema de controle político, que é aquele exercido por um órgão político, “[...] normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Deixam assim de confiá-lo aos tribunais.” (BONAVIDES, 2004, p. 299). Contudo, ressalta Silva (2014, p. 51) que pode também esse controle ser entregue ao Poder Legislativo, ao passo que o alto teor político do controle material exigiria, portanto, um órgão eminentemente político.

Há também o sistema de controle jurisdicional, que segundo Silva (2014, p. 51) “[...] é a faculdade que as Constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de outros atos do Poder Público [...]”, de matriz norte-americana. Contudo, atenta Bonavides (2004, p. 301) para a suposta mácula ao princípio da separação e igualdade entre os três poderes, tendo em vista a “[...] supremacia decisória no tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos [...] atribuída ao Judiciário. Por fim, há também o controle misto, no qual certas normas ficam a cargo de um órgão político, e outras a cargo do Judiciário.

Quanto ao momento do controle, pode ser preventivo, quando feito antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico, ou repressivo, se realizado após esse momento. Contudo, ressalta-se que o controle preventivo não se trata de um controle de constitucionalidade propriamente dito, pois o que se busca observar

nesse processo é o direito subjetivo do parlamentar de participação no processo legislativo, via Mandado de Segurança (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2018, p. 1015).

Em relação aos critérios de controle de constitucionalidade, a literatura constitucionalista apresenta dois: o controle difuso, que é aquele facultado a todos os juízes, e o controle concentrado, entendido como sendo o controle atribuído “[...] ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.” (SILVA, 2014, p. 52).

Para Bonavides (2004, p. 302) vale ressaltar da mesma forma a previsão de controle por via de exceção, também identificado como controle concreto, e por via de ação, que por sua vez é entendido como controle abstrato. No controle concreto, a inconstitucionalidade é analisada pelo juiz mediante um caso concreto, em que a violação constitucional é arguida pela parte como tese jurídica que fundamenta sua pretensão na lide, de forma incidental. Aqui, não é objeto principal da ação o questionamento constitucional, sendo ela apenas uma questão prejudicial do mérito da causa. Nesse sentido, a sentença que declara a inconstitucionalidade tem efeito *inter partes*, não havendo alteração alguma na ordem jurídica, que permanece inalterada.

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutro feito, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento das duas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. É a chamada relatividade da coisa julgada. Nada obsta pois a que noutro processo, em casos análogos, perante o mesmo juiz ou perante outro, possa a mesma lei ser eventualmente aplicada (BONAVIDES, 2004, p. 303).

Já no controle abstrato, Bonavides (2004, p. 307) destaca que a inconstitucionalidade constitui-se como controvérsia principal do processo, que por sua vez é proposto sem contudo haver um caso concreto sob análise. A mácula constitucional não mais será analisada de forma incidental, mas de maneira principal e direta, e caberá em regra a um tribunal específico realizar o julgamento, sendo na maioria dos casos um tribunal constitucional. Em razão disso, a decisão terá efeito *erga omnes* e será estendida a todos os jurisdicionados, havendo a remoção da norma do ordenamento jurídico caso considerada inconstitucional. Há de se destacar também a restrição do uso dessas ações em nosso ordenamento a um pequeno rol

de legitimados, o que para o autor revela o caráter menos democrático do controle abstrato de constitucionalidade.

Destaca-se nesse aspecto, dentre as diversas ações desse modo de controle, a ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal – STF, cujo rol de legitimados encontra-se no art. 2º da Lei 9.868/99 (SIQUEIRA JR, 2017, p. 211-212).

A ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade expelir, do sistema jurídico, lei ou ato normativo inconstitucional. A finalidade é o exame da validade da lei em si. A declaração da inconstitucionalidade é o objetivo principal da ação (SIQUEIRA JR, 2017, p. 210).

Sobre o controle de constitucionalidade adotado pelo sistema jurídico brasileiro, Silva (2014, p. 54) sintetizou:

Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo (SILVA, 2014, p. 54).

Dessa forma, percebe-se a diversidade de instrumentos jurídicos disponibilizados para que sejam afastadas do ordenamento as normas incompatíveis com os ditames constitucionais, podendo ser requerida tanto nas ações ordinárias, por qualquer cidadão de forma incidental no curso lide, bem como por meio das ações do chamado controle concentrado de constitucionalidade, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade, essa de legitimidade de alguns entes e competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

4.2 A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRF-4 SOBRE AS AÇÕES QUESTIONANDO A CONSTITUCIONALIDADE DA SUJEIÇÃO OBRIGATÓRIA AO TESTE DO ETILÔMETRO EM FACE DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

A edição da Lei 13.281/16 (BRASIL, 2016) alterou o Código de Trânsito de Brasileiro – CTB para fazer constar em seu texto o art. 165-A, que passou a

prever a infração específica e autônoma de recusa aos testes de alcoolemia e buscou evitar a impunidade dos condutores que, durante abordagem, recusassem se submeter aos exames oferecidos pelo agente de trânsito, haja vista que anteriormente os Autos de Infração lavrados com base nessa conduta vinham sendo anulados pelo Poder Judiciário. Dessa forma, os agentes incumbidos de promover a fiscalização de trânsito nas vias brasileiras ganharam uma nova arma no combate à embriaguez ao volante.

Especialmente em Santa Catarina, a Polícia Rodoviária Federal - PRF, que é órgão incumbido de realizar as atividades de polícia de trânsito nas rodovias federais, tem se destacado a nível nacional em razão das ações rotineiras com foco na fiscalização do consumo de álcool pelos motoristas, fazendo de nosso Estado o recordista quando o assunto é o número de motoristas flagrados dirigindo sob o efeito de álcool, conforme dados trazidos no capítulo anterior (PRF, 2019a).

Embora os números fornecidos pelo órgão policial não diferenciem o tipo de infração cometida, se foi pela recusa (art. 165-A do CTB), pela infração administrativa de embriaguez (art. 165 do CTB) ou pelo crime de embriaguez (art. 306 do CTB), os dados já são suficientes para demonstrar o relevante papel desempenhado pelo TRF-4 nesse cenário, pois é o tribunal incumbido de julgar em sede de apelação (além dos pedidos de tutelas provisórias via agravo de instrumento) todas as ações propostas pelos motoristas autuados pela PRF em Santa Catarina cometendo a infração de recusa ao teste do etilômetro, além das ações provenientes do Rio Grande do Sul e Paraná, pois tais Estados também estão na alçada de competência do referido tribunal.

Nesse sentido, tem sido vasta a jurisprudência produzida pelo TRF-4 ao analisar as diversas ações destinadas a anular os AITs lavrados em função da recusa dos condutores em realizar o teste do etilômetro, ao fundamento principal de violação ao princípio constitucional da não auto-incriminação, o que demonstra a extrema relevância da análise dos seus julgados para entender como o Poder Judiciário tem enfrentado tal questão.

Para a pesquisa, foi selecionado o período de 01/01/2017 á 01/07/2019, que é posterior a entrada em vigor do art. 165-A do CTB (BRASIL, 2016), a partir das palavras-chave “art. 165-A” “autoincriminação” e “recusa”, e foram analisados acórdãos e decisões monocráticas, tanto em sede de recurso de apelação como em

sede de agravo de instrumento. A pesquisa aponta que há 144 decisões nesse período.

Analisando-se os julgados, é possível perceber que a posição majoritária do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 é de que a previsão de sanção administrativa à conduta de recusar o teste do etilômetro não viola o princípio constitucional da não auto-incriminação, destacando-se nesse aspecto o voto-vista proferido pela desembargadora Vânia Hack de Almeida durante o julgamento da Apelação Cível nº 5006117-17.2017.4.04.7100/RS, em 11/04/2018, na forma de julgamento ampliado do art. 942 do CPC, no qual foi exarado o seguinte entendimento:

Inicialmente, poder-se-ia questionar eventual violação ao direito à não-autoincriminação no fato de a lei obrigar o condutor a sujeitar-se ao exame do etilômetro, sob pena de aplicação de sanções administrativas, induzindo-o a produzir provas contra si próprio. Contudo, é de se observar que a controvérsia aqui desenvolvida restringe-se ao âmbito do Direito Administrativo, não se cogitando do crime de dirigir embriagado tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, estando em discussão apenas as sanções administrativas aplicadas. O direito à não-autoincriminação, embora oponível a qualquer autoridade, guarda pertinência com a persecução penal que possa dela advir, conforme jurisprudência firmada do STF, da qual transcrevo excerto do acórdão abaixo, da relatoria do Ministro Celso de Mello: '(...) ALCANCE E CONTEÚDO DA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO. - A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente quando se tratar de pessoa exposta a atos de persecução penal. O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus, como se culpados fossem, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806) - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512), em face da cláusula que lhes garante, constitucionalmente, a prerrogativa contra a autoincriminação. Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal (HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)' (TRF-4, 2018a).

Para a desembargadora, o princípio constitucional da não auto-incriminação tem incidência apenas na esfera penal, não gerando consequências, portanto, às normas de direito administrativo. Dessa forma, a previsão do art. 165-A

do CTB, ou então a previsão do art. 277, §3º do CTB, enquanto infrações de caráter administrativo, não estariam sob o alcance de tal princípio, sendo, portanto, constitucionais. Para isso, baseou-se em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar em Habeas Corpus nº 99.289-7 Rio Grande do Sul. Segue o voto:

Com efeito, restringindo-se a discussão à imposição de penalidades administrativas, não está em questão a liberdade individual do cidadão, direito fundamental protegido constitucionalmente no artigo 5º da CF/88, que pode ser colocado em risco pela persecução criminal, quando são então ativadas as garantias constitucionais relativas à presunção de inocência e ao direito ao silêncio. Apreciada a questão sob a ótica estrita do Direito Administrativo, a condução de veículos automotores nas vias públicas não é direito assegurado a todo indivíduo, requerendo tal atividade licença do Poder Público, dado envolver questões de segurança pública. Apenas aqueles que comprovem atender aos requisitos estabelecidos na lei têm assegurado o direito de dirigir. A obtenção da licença, mediante a expedição da carteira nacional de habilitação, exige o cumprimento de diversos requisitos legais (ser penalmente imputável; saber ler e escrever; aprovação em exame de saúde; realização do processo de formação de condutores, etc). Uma vez obtida a licença, o indivíduo, agora licenciado, continua sujeito a uma série de regras que regulam a atividade de dirigir, contidas no Código de Trânsito - regras de trânsito de veículos, regras relativas às condições do veículo, e regras relativas ao próprio condutor. Uma dessas regras é a proibição de dirigir sob efeito do álcool (TRF-4, 2018a).

Nessa linha, ressalta ainda que o condutor, para obter a licença para dirigir, tem que aceitar se submeter a uma série de regras ditadas pelo Poder Público, o que incluiria a sua sujeição à exames e testes destinados a verificar a influência de álcool no organismo. Dessa forma, seria lícita a penalização do condutor que não colaborasse com a fiscalização.

Ao julgar o agravo de instrumento nº 5024158-21.2019.4.04.0000 em 12/06/2019, Vânia Hack de Almeida, relatora do agravo, manteve a mesma tese (inclusive copiando trecho do acórdão anterior) ao ser arguida a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB pelo agravante, que pleiteava em sede tutela provisória de urgência a sustação dos efeitos do auto de infração impugnado. O voto proferido em decisão monocrática foi mantido em acórdão. (TRF-4, 2019a)

O acórdão que julgou a apelação cível nº 5009707-02.2017.4.04.7100 em 22/05/2019 também reiterou a tese, conforme voto do desembargador relator Cândido Alfredo Silva Leal Júnior:

Poder-se-ia questionar se o fato de a lei obrigar o condutor a se sujeitar ao exame do etilômetro, sob pena de aplicação de sanções administrativas,

induzindo-o a produzir provas contra si próprio, não implicaria violação ao direito à não-autoincriminação. Contudo, é de se observar que a controvérsia aqui desenvolvida restringe-se ao âmbito do Direito Administrativo, não se cogitando do crime de dirigir embriagado tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, estando em discussão apenas as sanções administrativas aplicadas. O direito à não-autoincriminação, embora oponível a qualquer autoridade, guarda pertinência com a persecução penal que possa dela advir, conforme jurisprudência firmada do STF (HC 99289, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, Dje-149), o que não é o caso. Apreciada a questão sob a ótica estrita do Direito Administrativo, a condução de veículos automotores nas vias públicas não é direito assegurado a todo indivíduo, requerendo tal atividade licença do Poder Público, dado envolver questões de segurança pública. Apenas aqueles que comprovem atender aos requisitos estabelecidos na lei têm assegurado o direito de dirigir. Uma vez obtida a licença, o indivíduo continua sujeito a uma série de regras que regulam a atividade de dirigir, contidas no Código de Trânsito. Uma dessas regras é a proibição de dirigir sob efeito do álcool. Nessa perspectiva, não vejo nenhuma inconstitucionalidade no fato de a lei obrigar o condutor a comprovar que atende à regra de não dirigir alcoolizado, sob pena da aplicação de sanções administrativas cabíveis. O atendimento a essa regra, e a inúmeras outras regras de trânsito (vestir calçados adequados, trafegar na mão correta, manter o veículo em condições de trafegabilidade segura, etc) integra o estatuto do condutor de veículos automotores, e é contrapartida da licença que lhe conferiu o Poder Público (TRF-4, 2019c).

Analisando-se o agravo de instrumento nº 5043342-94.2018.4.04.0000, julgado em 20/11/2018 sob a relatoria da desembargadora Marga Inge Barth Tessler, também entendeu-se que o princípio do *Nemo tenetur se detegere* não teria aplicação na seara administrativa:

Por fim, as alegações que envolvem a defesa de violação à liberdade (direito de ir e vir), presunção de inocência e de não auto incriminação não são, também considerando o que foi exposto antes, plausíveis, ainda mais que a infração administrativa praticada pelo autor não significa que esse estivesse efetivamente embriagado, além de não estar em discussão, nesse processo, prática de crime, mas apenas a prática de infração administrativa espe-cífica que não importa em violação aos princípios apontados (TRF-4, 2018b).

No julgamento da apelação cível nº 5004681-17.2017.4.04.7102 em 30/03/2018, também de relatoria da desembargadora Marga Inge Barth Tessler, entendeu-se que quando o agente de trânsito aborda o condutor e solicita a realização do teste do etilômetro, na verdade não há qualquer coação ao motorista para que produza a prova, sendo que o pedido trata-se, na verdade, de um mero convite. Porém caso seja o convite recusado, pode ser lavrado o auto de infração pela recusa:

Além disso, a defesa recursal feita pelo autor com base em alegações de ferimento de dispositivos e princípios constitucionais como o da vedação à autoincriminação e o da presunção de inocência parece estar dissociada da infração administrativa que lhe foi imputada a prática (art. 165-A do CTB). Isso porquanto o autor não foi obrigado a produzir qualquer prova contra si mesmo, foi apenas convidado a se submeter ao teste com etilômetro. Não o tendo feito, foi lavrado o respectivo auto de infração pela conduta de se recusar, o que não comporta a defesa feita pelo autor. Não percebo, dessa forma, qualquer ofensa à Constituição e, em específico, aos dispositivos e princípios citados pelo autor, reitere-se, porque não foi obrigado a se incriminar - não está lhe está sendo imputada a prática da infração prevista no art. 165 do CTB pela recusa manifestada (isso já seria outro caso que não o dos autos) - e também não está sendo considerado culpado, por exemplo, do crime de trânsito previsto no art. 306 (isso é outra história) (TRF-4, 2018c).

Relevante também o voto proferido pela desembargadora Vânia Hack de Almeida na apelação cível nº 5001122-07.2017.4.04.7117 em 30/01/2018, no qual foi manifestado o entendimento de que a dita inconstitucionalidade do art 165-A do CTB não subsistira diante da ponderação entre o princípio da não autoincriminação e os “interesses socialmente difundidos de maior valor”, trazendo julgado do TRF-2 em Mandado de Segurança Preventivo para reforçar a tese:

Por fim, registro que a alegada inconstitucionalidade não se sustenta diante da ponderação dos interesses sociais em conflito, devendo prevalecer os interesses socialmente difundidos de maior valor, tais como direito à saúde e à vida, sobre aquele estritamente individual, de não se submeter a uma auto-incriminação prevista no art. 165-A e art. 277 do CTB. [...] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. EXAME DE ALCOOLEMIA. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. ARTS. 165 E 277, §3º DO CTB. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. (...) 3. Nos termos do § 3º do art. 277 da Lei nº 11.705/2008, se o condutor do veículo não concordar em ser submetido ao teste do bafômetro, não poderá ser fisicamente coagido a fazê-lo, mas sujeitar-se-á às medidas administrativas previstas no art. 165 do CTB. 3. Inexiste qualquer inconstitucionalidade por afronta aos artigos 5º, LVI, LV, e 60, § 4º, da Constituição Federal, na medida em que deve ser efetivada a devida ponderação dos interesses, a justificar a prevalência dos interesses socialmente difundidos de maior valor, como saúde e a vida, sobre aquele estritamente individual, de não se submeter a uma auto-incriminação prevista no art. 277 do CTB. 4. Precedente desta Corte: TRF2, AC 200851015095225, 6ª Turma Especializada, rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, E-DJF2R 08/04/10, p. 275/276. 5. Apelo conhecido e desprovido. (TRF2, AC 200851020027445, 7ª Turma Especializada, rel. JOSÉ ANTONIO NEIVA, E-DJF2R 19/10/10, p. 314) Assim, nego provimento ao apelo (TRF-4, 2018d).

Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de tutela provisória de urgência em sede de agravo de instrumento de nº 5045506-32.2018.4.04.0000, em 07/12/2018, o desembargador relator Luís Alberto D’azevedo Aurvalle ressaltou a

presunção de legitimidade e veracidade dos autos de infração de trânsito, enquanto atos administrativos, e ponderou que a recusa em realizar o teste do etilômetro pode sujeitar o motorista a um gravame, já que é presumida nessa situação a ingestão de álcool. Ainda, constou no voto que o Estado pode exigir a colaboração do particular durante a fiscalização, com base no interesse público:

Com efeito, no auto de infração lavrado pela PRF (evento 18 - OUT4, fls. 35), consta que o autor se recusou a realizar o teste do etilômetro, o que foi respeitado pela autoridade responsável pela fiscalização de trânsito. E, embora não seja obrigada a produzir provas contra si mesmo, a parte autora está sujeita às consequências de sua escolha, quais sejam, a imputação das sanções previstas no CTB. O auto de infração, como documento administrativo, tem a seu favor presunção de legitimidade e veracidade. E, de acordo com os elementos constantes do processo, restou evidente que a autoridade responsável pela fiscalização de trânsito respeitou o procedimento previsto na legislação de trânsito. Tem-se, portanto, que a autuação foi legal, na medida em que o teste de etilômetro foi disponibilizado pelo agente de trânsito e não realizado pelo autor/conductor. [...] Com efeito, o condutor não pode ser obrigado a fazer o teste do etilômetro em face do princípio constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si. Por outro lado, nas esferas cível e administrativa, a recusa em fazer o teste pode ser, sim, interpretada em desfavor daquele que se nega a fazê-lo. O Estado, em nome do interesse público, pode exigir dos indivíduos a colaboração na apuração da Justiça e também pode, no caso da não colaboração, impor sanções à recusa em colaborar. Portanto, não há nenhum empecilho para que a recusa a submeter-se ao teste do "bafômetro" seja considerada como um indicador de que o condutor está dirigindo sob o efeito de bebidas alcoólicas. O parágrafo 3º do artigo 277 do CTB deixa claro que a recusa a se submeter aos procedimentos de aferição do nível de álcool no organismo torna o condutor passível de ser enquadrado no artigo 165 do CTB. Inexiste qualquer inconstitucionalidade nesse artigo, na medida em que os interesses socialmente difundidos de maior valor, como saúde e a vida, devem prevalecer sobre aquele estritamente individual, de não se submeter a uma auto-incriminação, nas searas cível e administrativa (TRF-4, 2018e).

Vale destacar a decisão monocrática proferida no agravo de instrumento nº 5047971-14.2018.4.04.0000 em 19/12/2018, em que a desembargadora Vânia Hack de Almeida novamente reiterou a constitucionalidade da punição pela recusa ao teste do etilômetro, consignando tratar-se a exigência de realização do teste uma obrigação de fazer assim como outras existentes no código, lembrando ainda que a sujeição às regras é contrapartida do condutor pela obtenção da licença:

Uma vez obtida a licença, o indivíduo, agora licenciado, continua sujeito a uma série de regras que regulam a atividade de dirigir, contidas no Código de Trânsito - regras de trânsito de veículos, regras relativas às condições do veículo, e regras relativas ao próprio condutor. Uma dessas regras é a proibição de dirigir sob efeito do álcool. Nessa perspectiva, não vejo qualquer inconstitucionalidade no fato de a lei obrigar o condutor a comprovar que atende à regra de não dirigir alcoolizado, sob pena da aplicação de sanções administrativas cabíveis, assim como deve

comprovar, se for instado a tanto, ser portador de CNH válida (CTB, art. 162, V), estar usando calçados adequados para dirigir (art. 252, IV) ou que o veículo que conduz tem roda e pneu sobressalentes (art. 230, IX), e assim por diante. O atendimento a essas regras integra o estatuto do condutor de veículos automotores, e é contrapartida da licença que lhe conferiu o Poder Público. Ainda acerca dos requisitos exigidos para a aplicação das sanções administrativas relacionadas ao uso de bebida alcoólica na condução de veículo automotivo, há que se observar as alterações legislativas aplicadas ao CTB - Código de Trânsito Brasileiro (TRF-4, 2018f).

Pertinente também os argumentos trazidos pela desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha ao relatar o agravo de instrumento nº 5043428-65.2018.4.04.0000 28/11/2018, apontando a plena compatibilidade entre as infrações do Código de Trânsito e os princípios constitucionais da não auto-incriminação e da dignidade da pessoa humana, e que interpretação em sentido contrário poderia justificar também a recusa do motorista em entregar a CNH durante a abordagem ou submeter o veículo à inspeção:

O princípio nemo tenetur se detegere tem origem na garantia constitucional contra a autoincriminação e no direito do acusado de permanecer calado, sem ser coagido a produzir provas contra si mesmo. Aplica-se de forma irrestrita aos processos penais, sendo essa a sua esfera nuclear de proteção. 14. É possível admitir a incidência ampliada do princípio nemo tenetur se detegere quando determinada infração administrativa também constituir ilícito penal. Nesses casos, a unicidade de tratamento confere coerência interna ao sistema jurídico. 15. Nas situações em que a independência das instâncias é absoluta e os tipos infracionais distintos, a garantia do nemo tenetur se detegere não tem aplicação sobre a função administrativa exercida no âmbito da sua competência ordenadora, por falta de amparo no ordenamento pátrio. 16. Entender o contrário levaria ao absurdo de se admitir que o condutor pudesse recusar-se, sem as penalidades cabíveis, a submeter seu veículo a inspeção veicular ou a apresentar às autoridades de trânsito e seus agentes os documentos de habilitação, de registro, de licenciamento de veículo e outros exigidos por lei, para averiguação da regularidade documental prescrita pela legislação. 17. A interpretação de uma norma há de ser feita para garantir a sua máxima eficácia e plena vigência, por militar em favor das leis a presunção de sua legitimidade e constitucionalidade enquanto não afastada do mundo jurídico pelo órgão judiciário competente. [...]. Não há incompatibilidade entre o princípio nemo tenetur se detegere e o § 3º do art. 277 do CTB, pois este se dirige a deveres instrumentais de natureza estritamente administrativa, sem conteúdo criminal, em que as sanções estabelecidas têm caráter meramente persuasório da observância da legislação de trânsito. 28. A dignidade da pessoa humana em nada se mostra afrontada pela obrigação de fazer prevista no caput do art. 277 do CTB, com a consequente penalidade estabelecida no §3º do mesmo dispositivo legal. 29. Primeiro, porque inexistente coação física ou moral para que o condutor do veículo se submeta ao teste de alcoolemia, etilômetro ou bafômetro. Só consequência patrimonial e administrativa pelo descumprimento de dever positivo instituído pela legislação em favor da fiscalização viária. Pode o condutor livremente optar por não realizar o teste, assumindo os ônus legais correspondentes. 30. Segundo, porque a sanção administrativa pela recusa em proceder na forma do art. 277, caput, não presume culpa de embriaguez, nem implica autoincriminação. Tampouco serve de indício da

prática do crime do art. 306 do CTB. Restringe-se aos efeitos nela previstos, sem repercussão na esfera penal ou na liberdade pessoal do indivíduo. 31. A exigência legal de submissão a exame técnico ou científico, com os consectários jurídicos da recusa, não é exclusividade do CTB. Consta, v.g., dos art. 231 e 232 do Código Civil. 32. O STJ editou a Súmula 301 com o seguinte teor: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade." 33. A previsão de efeitos legais contrários a quem se recusa a se submeter a prova técnica não é tema heterodoxo na legislação ou repellido pelo Superior Tribunal de Justiça, desde que não envolvida matéria criminal (TRF-4, 2018g).

Durante a pesquisa, foi encontrada uma decisão de 1º grau deferindo o pedido de tutela provisória de urgência para suspender os efeitos de auto de infração lavrado por violação ao art. 165-A do CTB, que arguiu:

No entanto, entendo que, em que pese haver a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, esta não inibe o juízo de constitucionalidade a ser realizado sobre a norma invocada como fundamento da lavratura do auto de infração e da penalidade imposta. Imputar ao condutor uma infração de trânsito cuja tipificação consiste no exercício de um direito, além de abusivo, é inconstitucional, pois pune o cidadão pelo simples exercício daquilo que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico, qual seja, o de não produzir prova contra si mesmo ("nemo tenetur se detegere"), previsto no art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, cuja exegese deve dar-se de forma sistemática e extensiva. Tal direito tem seu núcleo essencial fundado em uma inatividade, um non facere, constitucionalmente tutelado, conforme já decidido pelo STF (HC 69.026, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 10/12/1991). Outrossim, o direito de não produzir prova contra si mesmo encontra-se previsto no Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, inciso II, alínea g, que garante o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem declarar-se culpado". Referido diploma internacional de direitos humanos deve ser também observado, nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 88, considerando seu caráter de norma supralegal a ser observada quando em conflito com a legislação interna. No caso em tela, ainda que não se esteja falando de um fato delituoso, a questão abarca um direito sancionatório, cuja culpa não pode ser presumida, e sim comprovada. Ademais, o direito administrativo também é expressamente abarcado pelo Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, inciso LV da CF), comando constitucional do qual derivam a Presunção de Inocência (art. 5º, inciso LVII) e o Direito a Não Auto-incriminação (art. 5º, inciso LXIII). Com efeito, o art. 165-A do CTB possui as mesmas consequências sancionatórias do art. 165, que penaliza o condutor que dirigir sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que cause dependência e, desse modo, inviabiliza o direito do condutor de não produzir prova contra si. Cabe ressaltar, neste ponto, que impor ao cidadão que se submeta ao teste do etilômetro (que é a real finalidade que decorre dessa nova norma oriunda das inovações decorrentes da Lei nº 13.281/2016), exige dele uma conduta ativa na produção da prova, qual seja, e de soprar o equipamento, uma conduta equiparada a uma confissão ou mesmo a uma intervenção médica, que dependem única e exclusivamente da ação do sujeito, razão pela qual essa prova não pode ser imposta, mas sim facultada. Diferentemente seria quando o cidadão é mero sujeito passivo, situação que não exige uma conduta positiva da pessoa, apenas sofrendo a ação da produção probatória. Esta sim pode ser imposta pelo Poder Público, mas não é o caso retratado nos autos. Admitir a

constitucionalidade dessa norma, significaria, legitimar o constrangimento do condutor e inibir o exercício de um direito, transferindo o ônus da prova acerca da infração e sua autoria, ao suposto infrator, quando esse ônus, conforme deveras já ressaltado ao longo desta decisão, inclusive pelo que dispõe o art. 277, §2º, do próprio CTB, é do Estado. No presente caso, as observações no Auto de Infração foram por demais genéricas, consistindo apenas na descrição de que "Condutor recusou a realizar teste com etilômetro", a ponto de se imputar sanções tão graves, não somente no aspecto financeiro, mas sobretudo quanto à suspensão do direito de dirigir, que, entendo e ressalto, sim, deva ser aplicada para condutores que dirigem sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, porém exige-se um mínimo de requisitos a ponto de assegurar o constitucional direito à ampla defesa, sobretudo no caso em apreço, cuja aplicação da penalidade poderá resultar na perda do emprego do Demandante (TRF-4, 2017).

Para o magistrado de 1º grau, a previsão do art. 165-A constitui-se em verdadeira punição pelo exercício de um direito constitucionalmente previsto, além de exigir do condutor uma postura ativa na produção da prova, que apesar de não ter cunho penal, tem caráter sancionador, com a imposição de um gravame ao motorista. Nesse sentido, seria plenamente aplicável ao direito administrativo o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o que levaria, portanto, a inconstitucionalidade do artigo em comento.

Todavia, essa decisão de 1º grau foi logo suspensa em virtude de agravo de instrumento nº 5028759-41.2017.4.04.0000, de 23/06/2017, interposto pela Advocacia Geral da União – AGU, reiterando a desembargadora o entendimento do TRF-4 sobre a questão, o que posteriormente foi confirmado pela Câmara ao prolatar o acórdão (TRF-4, 2017).

Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 em controle difuso de constitucionalidade é majoritária no sentido de não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB e do art. 277, §3º do CTB, ao fundamento principal de que não se aplica na seara administrativa o princípio constitucional de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, além de ressaltar a prevalência do direito fundamental à vida e à segurança, além da supremacia do interesse público, que na visão do tribunal justificam as previsões do CTB de punir o condutor que durante fiscalização de trânsito se recusa a passar pelos testes destinados a verificar a presença de substâncias psicoativas no organismo do motorista.

4.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Queijo (2012, p. 26) leciona que o direito a não produzir prova contra si mesmo desde o princípio guarda grande relação com a esfera processual penal, impondo-se como uma garantia àquele que está sujeito à persecução criminal promovida pelo Estado no exercício do *jus puniendi*. Lembra a autora que o *nemo tenetur se detegere* não se constitui como um princípio isolado no campo das garantias individuais, sendo na verdade uma das vertentes do princípio do devido processo legal, assim entendido como conjunto de garantias do cidadão contra uma jurisdição arbitrária.

No conjunto de garantias que compõem o devido processo legal podem ser enumeradas: a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da publicidade e do dever de motivar as decisões judiciais; a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. Apontam-se outras, específicas do processo penal: a presunção de inocência; vedação de identificação dactiloscópica, quando houver identificação civil, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição; garantias relativas à prisão (ordem judicial, salvo hipótese de flagrante e de transgressões e crimes propriamente militares; direito à identificação dos responsáveis pela prisão; interrogatório, liberdade provisória, direito ao silêncio e à assistência da família e de advogado. [...] No aludido quadro de garantias, que compõem o devido processo legal, insere-se também o *nemo tenetur se detegere* como um dos princípios que asseguram a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal (QUEIJO, 2012, p. 96).

No entanto, apesar de seu caráter predominantemente penal, bem como por poder ser entendido como parte de um conjunto maior de garantias constitucionalmente previstas, surgiu a discussão sobre a possibilidade de aplicação do princípio da não auto-incriminação em outras áreas que não a penal, como por exemplo para evitar a sujeição forçada do réu a exame de DNA em ações de paternidade, que é matéria afeta à área cível, ou então a coação do motorista para que realize o teste do etilômetro a fim de verificar se houve a ingestão de álcool, o que pode configurar uma infração administrativa (QUEIJO, 2012, p. 26).

Os acórdãos trazidos no tópico anterior demonstram o posicionamento majoritário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF-4 em não reconhecer a validade do princípio da não auto-incriminação no âmbito do direito administrativo, um função dos diversos argumentos já elencados.

Entretanto, não só a jurisprudência tem se posicionado dessa forma, havendo também juristas que adotam a mesma tese, como o professor doutor Luis Flávio Gomes:

Âmbito de incidência do direito de não auto-incriminação: as dimensões do direito de não auto-incriminação que acabamos de elencar valem (são vigentes, incidem) tanto para a fase investigatória (qualquer que seja ela: inquérito policial, CPI etc.) como para a fase processual (propriamente dita). Vale também perante qualquer outro juízo (trabalhista, civil, administrativo etc.), desde que da fala ou do comportamento ativo do sujeito possa resultar uma persecução penal contra ele. Em síntese, o direito de não auto-incriminação não projeta seus efeitos apenas para o âmbito do processo penal ou da investigação criminal ou civil. Perante qualquer autoridade ou funcionário, de qualquer um dos poderes, que formule qualquer tipo de imputação penal (ou se suspeita) ao sujeito, vigora o princípio (a garantia) da não auto-incriminação (que consiste no direito de não falar ou de não se incriminar, sem que disso possa resultar qualquer prejuízo ou presunção contra ele). Se a garantia citada não tivesse essa extensão sua importância seria quase nenhuma. É irracional imaginar que alguém possa invocar a garantia perante o juízo penal, sendo obrigado a se incriminar perante um juízo trabalhista, civil, administrativo etc. A prova decorrente dessa auto-incriminação lhe compromete seriamente (GOMES, 2009).

Nesse sentido, para o autor apenas teria validade em outros ramos do direito o princípio em comento caso as colocações do indivíduo, ainda que não sendo prestadas durante persecução penal, pudessem gerar para ele consequências penais futuras. Não seria o caso, por exemplo, da recusa ao teste do etilômetro, que não gera consequência penal alguma, apenas configura infração de trânsito.

Todavia, a questão levantada não é pacífica, sendo que a tese da aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur se detegere* ao âmbito administrativo também encontra defensores, tanto na literatura, como na jurisprudência. Discorrendo sobre a inconstitucionalidade do novel art. 165-A, Ademar Gomes aponta:

A Lei 13.281/16, que altera dispositivos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), publicada na edição do último dia 5 no Diário Oficial da União, após sanção presidencial, fere frontalmente a Constituição brasileira. A norma fere o princípio do "nemo tenetur se detegere", pois obriga o motorista a produzir prova contra si próprio, o que não é facultado pelo artigo 5 da Constituição, inciso LXIII, reproduzido no artigo 186 do Código de Processo Penal e consagrado no Pacto de San Jose da Costa Rica, promulgado pelo Decreto Federal 678/1992 [...] Nesse caso, resta ao motorista negar-se ao teste e, nesse caso, terá seu veículo e documento apreendidos, o direito de dirigir suspenso, além da multa, conforme o novo artigo 165-A do CTB. Ou, submeter-se ao teste, quando poderá responder pelo artigo 165 do Código de Trânsito ou também pelo artigo 306. É a famosa máxima: "Se correr o bicho pego, se ficar o bicho come". Dirigir

embriagado é uma atitude gravíssima de alguns motoristas e deve ser condenada e combatida ao extremo. A imprudência, nesse caso, pode levar a acidentes violentos e à perda de vidas humanas, muitas vezes inocentes. Mas o legislador há que estar atento ao que propõe, porque, acima de qualquer lei, existe a lei maior, a Constituição, e ela deve sempre ser respeitada e nenhuma outra lei pode atentar contra ela. O que se conclui, nesse caso específico, que o novo artigo 165-A é inconstitucional, pois atenta contra um princípio basilar inscrito no artigo 5º, inciso LXIII de nossa Constituição. Atenta também contra um tratado internacional (Pacto de São José da Costa Rica) — que nossa CFRB/1988 entende como uma emenda constituição (GOMES, 2016).

Recentemente, em 14/08/2019, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário 1.224.546 Rio Grande do Sul, a ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lúcia, relatora do caso, manteve a decisão da Turma Recursal da Fazenda Pública dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, no qual foi anulado Auto de Infração de Trânsito lavrado com base no art. 165-A. Segundo a ministra, a jurisprudência da Corte Suprema é pela tese de que o direito administrativo também é condicionado pelo princípio da não auto-incriminação, complementando seu voto com as posições convergentes de outros colegas ministros. Vejamos:

Sob a égide da Constituição da República de 1988, na jurisprudência deste Supremo Tribunal se conferiu especial amplitude ao direito à não autoincriminação, superando-se o direito ao silêncio durante o interrogatório. Nas palavras do Ministro Ayres Britto, ‘esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF)’ (HC n. 101.909, Relator o Ministro Ayres Britto, Segunda Turma, 19.6.2012). [...] Também na esfera administrativa esse princípio constitucional tem sido aplicado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que decidiu: ‘Agravos regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. 3. Depoimento como testemunha. Direito de permanecer em silêncio. Direito à não autoincriminação. 4. Prova inevitável não pode ser presumida. 5. Relatório final da Comissão Processante. Testemunho foi fundamental para atribuir à agravante a infração disciplinar. Violação à garantia constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF. Nulidade insanável. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Negado provimento ao agravo regimental” (RMS n. 34.739-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 31.5.2019). O acórdão recorrido harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF, 2019).

No Superior Tribunal de Justiça – STJ, a tese também já foi aplicada:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS ACUSAÇÕES FEITAS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DA INVESTIGADA. COMPROMISSO DE DIZER A VERDADE. PRERROGATIVA CONTRA AUTO-INCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. INFRINGÊNCIA.

ANULAÇÃO DO PROCESSO QUE SE IMPÕE DESDE O ATO CITATÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. [...] 2. De outra parte, no caso em comento, a servidora foi interrogada por duas vezes durante o processo administrativo disciplinar, e, em ambas as oportunidades, ela se comprometeu "a dizer a verdade das perguntas formuladas". 3. Ao assim proceder, a comissão processante feriu de morte a regra do art. 5º, LXIII, da CF/88, que confere aos acusados o privilégio contra a auto-incriminação, bem como as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Com efeito, em vez de constranger a servidora a falar apenas a verdade, deveria ter-lhe avisado do direito de ficar em silêncio. 4. Os interrogatórios da servidora investigada, destarte, são nulos e, por isso, não poderiam embasar a aplicação da pena de demissão, pois deles não pode advir qualquer efeito. Como, na hipótese em comento, o relatório final da comissão processante que sugeriu a demissão e a manifestação da autoridade coatora que decidiu pela imposição dessa reprimenda se valeram das evidências contidas nos interrogatórios, restaram contaminados de nulidades, motivo pelo qual também não podem subsistir. 5. Recurso ordinário provido. Segurança concedida, em ordem a anular o processo administrativo disciplinar desde a citação (STJ, 2008).

Nos tribunais de 2ª grau, é possível encontrar da mesma forma acórdãos aplicam o princípio do *nemo tenetur se detegere* na seara administrativa. Ao julgar o recuso de apelação cível nº 1006960-14.2018.8.26.0037, o relator, desembargador Oscild de Lima Júnior, que foi acompanhado pelos demais, votou:

A mera recusa do condutor em submeter-se ao etilômetro poderia ensejar, de fato, e desde a vigência da Lei nº 13.281/16, a imediata aplicação de penalidades e medidas administrativas. Todavia, ante o que estabelece o "Pacto de San José", é irrelevante ser a recusa, agora, não tolerada pela legislação. É imprescindível que, à ação da mão pesada do Estado, preceda-se uma motivação mínima, irradiada o dever motivação, como, já foi dito, indicação dos motivos da abordagem e das condições físicas aparentes do condutor. Justificar a punição como meramente administrativa conduz a situação teratológica: tenho assegurado o direito à não autoincriminação. Entretanto, para exercê-lo, submeter-me-ei a severa punição, além de sofrer agravo em minha liberdade de locomoção. Algo muito típico de um Estado em que, pelo lançamento de uma palavra ou expressão na lei, busca-se alterar ou subverter princípio maior. Este exacerbado positivismo, concessa venia, é claramente ofensivo à letra do art. 1º, III, da Constituição da República. O trabalho policial apenas seria considerado, com os atributos de legitimidade e veracidade, caso o condutor se recusasse a todos os procedimentos previstos. Não há indício algum de que isso ocorreu. Mais: que viesse acompanhado da motivação deflagradora da ação. Não sendo, pois, a recusa um ato agora sequer tolerado pela nova legislação, mas não havendo a constatação da direção sob a influência de álcool é este o núcleo do tipo -, conclui-se que não houve motivo suficiente, a servir de fundamento para a prática do ato administrativo, sobretudo se considerado o sobredito princípio da não-autoincriminação (TJSP, 2019).

Portanto, percebe-se que tanto a literatura, quanto a jurisprudência, ainda divergem sobre a necessidade do direito administrativo respeitar o princípio da não auto-incriminação, aos mais variados argumentos, o que pode fazer com que casos

idênticos recebam soluções diversas a depender do órgão julgador da ação, embora nos tribunais superiores a tendência seja de considerar a tese da validade do princípio em comento na seara administrativa, o que levaria, por sua vez, à necessidade de anulação de todos os Autos de Infração de Trânsito lavrados unicamente pela recusa do condutor em realizar o teste do etilômetro.

5. CONCLUSÃO

Não se nega que o direito fundamental à vida expresso no *caput* do art. 5º e o direito fundamental à segurança, elencado no *caput* do art. 6º, ambos da CFRB/1988, tem especial relevância dentre aqueles inseridos no texto constitucional (BRASIL, 1988). Por sua vez, tem-se como decorrência disso o dever do Estado em garanti-los, especialmente em relação ao trânsito, tendo em vista seu potencial lesivo quando não organizado e fiscalizado de uma maneira ampla pelas autoridades.

Todavia, foi visto que não existe direito fundamental absoluto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 240-241), sendo a relatividade uma característica inata a todos eles. Certo é que nos casos em que ocorra a colisão entre direitos fundamentais a solução não pode se dar através de uma simples fórmula matemática, onde verifica-se qual direito “vale mais”, ou possui uma hierarquia superior, para determinar a solução, tendo em vista que todos os direitos fundamentais gozam da mais elevada importância dentro do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Também, diante de um conflito dessa natureza, não está o Estado autorizado a simplesmente deixar de observar um direito para garantir o outro, em raciocínio que desconsidera todos os aspectos e nuances que envolvem a questão (BARROSO, 2015, p. 373-375).

Como bem ressaltou Barroso (2015, p. 373-375), a solução para tais impasses deve ser precedida de uma ponderação entre os direitos fundamentais em conflito e as soluções apontadas por ambos, devendo o operador do direito buscar um resultado que satisfaça, da maior forma possível, os dois direitos, de forma que nenhum deles seja anulado.

Analisando-se a legislação de regência, desde a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 1997), verifica-se uma grande preocupação do legislador em prevenir e combater a embriaguez ao volante, que como visto constitui-se numa das principais causas de acidentes de trânsito no Brasil, conforme pesquisa do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação (MTPA, 2018). Nesse diapasão, foi possível constatar quatro momentos nos quais grandes mudanças ocorreram na legislação de trânsito para recrudescer o tratamento dispensado ao motorista embriagado, sendo elas nos anos de 2006, 2008, 2012 e 2016.

A última delas, ocorrida em 2016, inseriu no corpo do CTB o art. 165-A (BRASIL, 2016), que por sua vez passou a prever em capítulo próprio a infração específica e autônoma de recusa aos testes destinados a verificar a presença de álcool ou substância psicoativa diversa no organismo do condutor, o que fez reacender no meio jurídico a discussão acerca da constitucionalidade da novel infração à luz do princípio da não auto-incriminação.

Especialmente da região sul do país, a Polícia Rodoviária Federal recrudesceu a fiscalização quanto à embriaguez ao volante, o que tornou o Estado de Santa Catarina o recordista em autuações por esse motivo (PRF, 2019a) e fez do Tribunal Regional Federal da 4ª Região uma fonte de larga jurisprudência sobre o assunto, já que é o órgão judiciário competente para analisar as ações que questionam via controle difuso a constitucionalidade do art. 165-A do CTB (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, a pesquisa na jurisprudência do TRF-4 demonstrou que a posição majoritária do tribunal não reconhece a inconstitucionalidade do art. 165-A do CTB, argumentando principalmente no sentido de que o princípio da não auto-incriminação guarda pertinência exclusiva com a esfera penal, não irradiando seu espectro de proteção ao direito administrativo. Além disso, foi ressaltada em vários acórdãos a necessidade de resguardo ao direito à vida e à segurança, o que justificaria tal política de trânsito mais incisiva quanto à fiscalização. Arguiu-se também a obrigação do condutor em se submeter às regras de trânsito para que possa obter a licença para dirigir, além de que o teste do etilômetro seria um mero convite feito pelo agente de trânsito, não havendo, portanto, obrigatoriedade nenhuma na sua realização.

Contudo, apesar da jurisprudência do TRF-4 não reconhecer a inconstitucionalidade, os tribunais superiores (STF e STJ), ao que parece, vêm reconhecendo sim a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na seara administrativa e afastando a aplicação de regras que violem tal princípio, inclusive especificamente no caso do etilômetro, o que demonstra que as discussões sobre o tema não são pacíficas e estão longe de ter um ponto final.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Alexandre Black de. **Desenvolvimento nos governos Vargas e JK.** 2016. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/arquivos/2015_alexandre_black_albuquerque_desenvolvimento-nos-governos-vargas-e-jk.pdf>. Acesso em: 18 out. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Recurso online (Fora de série). ISBN 9788530982829.

ALMEIDA SOBRINHO, José. **Comentários ao Código de Trânsito brasileiro.** Rio de Janeiro Forense 2012. Recurso Online. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4440-7/cfi/693!/4/2@100:0.00>. Acesso em 2 out. 2019.

ALVES, Felipe Chanteau Abuchaim. Lei nº 12.760/2012: **um simbolismo violador de direitos e seu questionável benefício à sociedade brasileira.** Disponível em: <<http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-01092016-083927/?&lang=br>>. Acesso em: 03 out. 2019.

AND. **Brasil já tem 1 carro a cada 4 habitantes.** 2019. Disponível em: <<http://www.and.org.br/brasil-ja-tem-1-carro-a-cada-4-habitantes-diz-denatran/>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais.** 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/presuncao-de-inocencia-e-recursos-criminais-excepcionais>. Acesso em: 20 set. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em: 4 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.275, de 7 de fevereiro de 2006**. Altera a redação dos arts. 165, 277 e 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11275.htm. Acesso em: 03 de out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei no 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12760.htm. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.281, de 4 de maio de 2016.** Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13281.htm. Acesso em: 17 out 2019.

CFM. **Em dez anos, acidentes de trânsito consomem quase R\$ 3 bilhões do SUS.** 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28254:2019-05-22-21-49-04&catid=3>. Acesso em: 25 out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Recurso online ISBN 9788553607884.

DETRAN-MS. **Veja as principais causas de acidentes nas vias e rodovias.** 2016. Disponível em: <http://www.detran.ms.gov.br/veja-as-principais-causas-de-acidentes-nas-vias-e-rodovias/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

GOMES, Ademar. **Novo artigo do Código de Trânsito fere a Constituição brasileira.** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-10/ademar-gomes-artigo-codigo-transito-fere-constituicao>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.** 2009. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

IBPT. **Real frota circulante no Brasil é de 65,8 milhões de veículos, indica estudo.** 2018. Disponível em: <https://ibpt.com.br/noticia/2640/REAL-FROTA-CIRCULANTE-NO-BRASIL-E-DE-65-8-MILHOES-DE-VEICULOS-INDICA-ESTUDO>>. Acesso em: 10 out. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MPF. **Parecer nº 236/2018**. Parecerista: Brasiliano Pereira dos Santos. 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/STJ_REsp1720065RJ_Bafometro.pdf. Acesso em: 16 out 2019.

MTPA. **Estudo aponta que mais de 50% dos acidentes de trânsito são causados por falhas humanas**. 2018. Disponível em: <http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/7999-estudo-aponta-que-mais-de-50-dos-acidentes-de-tr%C3%A2nsito-s%C3%A3o-causados-por-falhas-humanas.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU. **Década de Ação pela Segurança no Trânsito (2011-2020)**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/campanha/seguranca-transito/>. Acesso em: 25 out. 2019.

PRF. **PRF flagra 200 condutores sob efeito de álcool durante o final de semana em SC.** 2019a. Disponível em: <<https://www.prf.gov.br/agencia/prf-flagra-200-condutores-sob-efeito-de-alcool-durante-o-final-de-semana-em-sc/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

PRF. **Embriaguez ao volante: cultura ou ignorância?** 2019b. Disponível em: <<https://www.prf.gov.br/agencia/embriaguez-ao-volante-cultura-ou-ignorancia/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo** (o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. São Paulo Saraiva 2012. recurso online ISBN 9788502171572.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com : Lei 11.313/06-JECRIM, Lei 11.340/06-Violência Doméstica, Lei 11.343/06-Drogas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIBEIRO, Andressa de Freitas. **Taylorismo, fordismo e toyotismo.** 2015. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/ls/article/viewFile/26678/pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro.** 6. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro.** 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juliano Vitali dos. **Trânsito em Condições Seguras:** paradigmas e acepções do artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/transitoemcondicoesseguras.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang ; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. recurso online ISBN 9788553610105.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.76, 28.11.2013. São Paulo: Malheiros: 2014.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STF. **Recurso Extraordinário 1.224.546 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. DJ: 21/08/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340862032&ext=.pdf>. Acesso em 09 nov 2019.

STF. **Recurso Extraordinário: RE 565.519-DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 17/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565519.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

STJ. **Recurso Especial 1.111.566-DF**. Relator: Ministro Adilson Vieira Macabu. DJ: 04/09/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22adilson+vieira+macabu+%28desembargador+convocado+do+tj%2frj%29%22%29.min.&repetitivos=julgado+e+conforme+e+%22recursos+repetitivos%22&processo=1111566&b=acor&thesaurus=juridico&p=true>. Acesso em: 05 out. 2019.

STJ. Recurso em Mandado de Segurança 14.901 - TO (2002/0063272-6).

Relatora: Min Maria Thereza de Assis Moura. DJ: 10/11/2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4365277&num_registro=200200632726&data=20081110&tipo=5&formato=P DF. Acesso em: 09 nov 2019.

STJ. Recurso Especial nº 1.720.065. Relator: Min Sérgio Kukina. DJ: 07/12/2018.

Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82744311&num_registro=201800153693&data=20181207&tipo=0. Acesso em: 16 out 2019.

TJRS. Recurso Cível 71007765399, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública.

Relatora: Rosane Ramos de Oliveira Michels. DJ: 30/07/2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=71007765399&code=5709&entrancia=2&id_comarca=710&nomecomarca=&orgao=TURNAS%20RECURSAIS%20-%202.%20TURMA%20RECURSAL%20DA%20FAZENDA%20PUBLICA. Acesso em: 16 out 2019.

TJRS. Recurso Cível nº 71008212573, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública. DJ: 13/03/2019a. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=71008212573&code=5709&entrancia=2&id_comarca=710&nomecomarca=&orgao=TURNAS%20RECURSAIS%20-%202.%20TURMA%20RECURSAL%20DA%20FAZENDA%20PUBLICA. Acesso em: 17 out 2019.

TJRS. Recurso Cível nº 71007775174, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública.

Relator: José Ricardo Coutinho Silva. DJ: 18/03/2019b. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=71007775174&code=5709&entrancia=2&id_comarca=710&nomecomarca=&orgao=TURNAS%20RECURSAIS%20-%202.%20TURMA%20RECURSAL%20DA%20FAZENDA%20PUBLICA

%203.%20TURMA%20RECURSAL%20DA%20FAZENDA%20PUBLICA. Acesso em: 17 out 2019.

TJSP. **Apelação Cível nº Nº 1006960-14.2018.8.26.0037**, 11ª Câmara de Direito Público. Relator: Oscild de Lima Júnior. DJ: 09/07/2019. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=34FDD16CF0E63E67D5A75A7F2CDFS9A2.cjsg2?conversationId=&cdAcordao=12663029&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_047fc72ea3d74f8fa4a2fc18ce6cb37f&g-recaptcha-response=03AOLTLBQ7mV33qUmRzfn508UDeoKPoaD77AcIBkwQkB2d5ndVDjKFs nyp4waX6DIznLqetphn6r8z4FEGCE6qoLukhur0IGcWJVzhwzil4gfB_oT4vjzj8CjmAV XsougfMLJ4AOxtyLegdgm-hXmaMyCkeSSK4FhuS0-hyeDR9Nnu1Othl1qV9uES3CCRbGO0HGyoEuISI-M0PffKAzDFjJRu-cG97A7jz6NmLiOnhOejxCWGkwPv_ZUCgiDw0oYGA1rXCnmh5qZ_frrY0GrOEn36SVHyli6DPWw4u6YnsJgRe4acotdrS883a-aFUPLAkBGVx5tBz0eeneoChWuFeP--SOE7hhEZNhawXa8dQyA5rNH7xvsHZ81KgFJS9XTkCOdPoO0C9QmpfXD4RgaK0_W8YNaG1Ez_TwUNRYWSJqEUF4FgPwHhDdESUEnaK1Sd0FYaTszAei4-II2MzDNMwZtRgYlag9tLivDdGaUpFKNreQ2hhd9GkH0Vr7ZF48EXSZcpo3sJsllz. Acesso em: 09 nov 2019.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5024158-21.2019.4.04.0000/RS**, Terceira Turma. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. DJ: 12/08/2019a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001264710&versao_gproc=7&crc_gproc=405edea. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5045506-32.2018.4.04.0000/RS**, Quarta Turma. Relator: Luis Alberto D'azevedo Aurvalle. DJ: 07/12/2018e. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000831100&versao_gproc=4&crc_gproc=df93da31. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5047971-14.2018.4.04.0000/RS**, Terceira Turma. Relatora: Des. Vânia Hack de Almeida. DJ: 19/12/2018f. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000850499&versao_gproc=4&crc_gproc=23e37aa9. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5043428-65.2018.4.04.0000/RS**, Quarta Turma. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ: 28/11/2018g. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000796460&versao_gproc=8&crc_gproc=86c03889. Acesso em: 02 nov 2018.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5028759-41.2017.4.04.0000/RS**, Quarta Turma. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ: 23/06/2017. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9057978. Acesso em 02 nov 2019.

TRF-4. **Agravo de Instrumento nº 5043342-94.2018.4.04.0000/RS**, Terceira Turma. Relator: Marga Inge Barth Tessler. DJ: 20/11/2018b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000792732&versao_gproc=5&crc_gproc=21e0cc68. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Apelação em Reexame Necessário 5006245-46.2013.4.04.7110**, Terceira Turma. Relator: Des. Fernando Quadros Da Silva. DJ: 12/02/2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=7305657. Acesso em: 16 out 2019.

TRF-4. **Apelação Cível nº 5014531-31.2018.4.04.7112**, Quarta Turma. Relatora: Des. Vivian Josete Pantaleão Caminha. DJ: 14/08/2019b. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40001218034&versao_gproc=4&crc_gproc=1cacdc37. Acesso em: 17 out 2019.

TRF-4. **Apelação Cível Nº 5006117-17.2017.4.04.7100/RS**, Terceira Turma. Relatora: Des. MARGA INGE BARTH TESSLER. DJ: 09/02/2018a. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000438377&versao_gproc=3&crc_gproc=b8c93937. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Apelação Cível 5009707-02.2017.4.04.7100/RS**, Quarta Turma. Relator: Cândido Alfredo Silva Leal Júnior. DJ: 25/02/2019c. Disponível: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000900839&versao_gproc=5&crc_gproc=df7a8fc2. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Apelação Cível nº 5004681-17.2017.4.04.7102/RS**, Terceira Turma. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. DJ: 01/03/2018c. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000384316&versao_gproc=5&crc_gproc=d60c2917. Acesso em: 02 nov 2019.

TRF-4. **Apelação Cível nº 5001122-07.2017.4.04.7117/RS**, Terceira Turma. Relator: Vânia Hack de Almeida. DJ: 11/01/2018d. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000312472&versao_gproc=4&crc_gproc=f813611f. Acesso em: 02 nov 2019.

WENZ, Juliana Amaral. **Delegação do Poder de Policia a Particulares: possibilidades, limites e aspectos controvertidos**. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2013/trabalhos_22013/JulianaAmaralWenz.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.